Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Kombination des Wahrscheinlichkeits- und des Hoffnungsgedankens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Alfons Gottwald
Referendar aus Berlin.

MARBURG 1929
Buchdruckerei von Joh. Hamel

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 13. Februar 1929.

Berichterstatter: Prof. Dr. Edmund Mezger.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Einleitung. Seite:

§ 1: Die bestehenden Theorien 1

I. Teil: Grundlagen.

A. Rechtliche Grundlagen.

§ 2: Der Begriff der Schuld und das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu ihm 3

§ 3: Die Bestimmungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im geltenden Strafgesetzbuch 5

§ 4: Anerkennung des Begriffes der bewußten Fahrlässigkeit 6

§ 5: Die für die Abgrenzung verwertbaren psychischen Erscheinungen 9

§ 6: Abgrenzendes Merkmal und Tatprinzip 9

B. Psychologische Grundlagen.

§ 7: Gefühlswert, Wertung 11

§ 8: Abhängigkeit der Triebkraft vom vorgestellten Möglichkeitsgrad 14

§ 9: Abhängigkeit der Triebkraft von der Hoffnung 17

§ 10: Vorgestellter Möglichkeitsgrad und Hoffnung außer dem Gefühlswert die einzigen Faktoren, von denen die Triebkraft abhängig ist 19

§ 11: Aufstellung des psychologischen Gesetzes über die Abhängigkeit der Triebkraft von Gefühlswert, vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Hoffnung 25

§ 12: Der Wille 26

II. Teil: Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit.

A. Die bestehenden Theorien.

§ 13: v. Bar-Liepmannsche Theorie 30

§ 14: Hypothetische Einwilligungstheorie 36

§ 15: Positive Einwilligungstheorie 46

§ 16: Wahrscheinlichkeitstheorie 54

§ 17: Hoffnungstheorie 66

§ 18: v. Liszt-Schmidt'sche Formulierung 68

§ 19: Rechtsprechung und Reform 70

§ 20: Unhaltbarkeit aller bestehenden Theorien (Zusammenfassung) 74

B. Entwicklung unseres Standpunktes. Seite:

§ 21: Abhängigkeit des Schuldgehalts des Handelns im Zweifel von vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Hoffnung 76
§ 22: Die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit beim Regelfall des Handelns im Zweifel 82
§ 23: Einzelfälle 83
§ 24: Zusammenstellung der Ergebnisse 87
§ 25: Kritik unseres Standpunktes 88

Schrifttum.

v. Bar: Dolus eventualis in: Z. St. W. 18 (1898) S. 534 ff.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II: Die Schuld nach d. Strafgesetz 1907, S. 281 ff.

Beling: Unschuld, Schuld und Schuldstufen (im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Leipzig 1910).

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. II, 2. Aufl. 1914.

„ Behandlung der Schuld in dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in G. S. 77, S. 32.

„ Schuld im deutschen Strafrecht. 1919.

Breslauer: Ueber die Abgrenzung der strafrechtlichen Schuldformen. Diss. Heidelberg 1911.

Bühring: Ueber die Grenze zwischen eventuellem Vorsatz und sogenannter bewußter Fahrlässigkeit. Diss. Freiburg 1899.

Bünger: Ueber Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung, in Z. St. W. 6 (1886) S. 291 ff.

Busch: Gefahr und Gefährdungsvorsatz, 1897.

Coenders, van: Zur Schuldlehre, insbesondere vom bedingten Vorsatz in G. S. 87, S. 296 ff.

Engelmann: Festschrift für Träger, 1927, S. 160.

Exner: Das Wesen der Fahrlässigkeit, Leipzig u. Wien 1910.

Finger: Lehrbuch d. deutschen Strafrechtes, I. Bd. 1904

„ Bemerkung zu RG. in JW. 1928, S. 803.

Frank: Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, in Z. St. W. 10 (1890), S. 169 ff.

„ Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs, Festschr. f. d. juristische Fakultät Gießen 1907.

„ Kommentar zum StGB. 17. Aufl. 1926.

Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem deutschen StGB. von 1919, Tübingen 1922.

Garçon: Code pénal annoté Bd. I 1901.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, 1922.

Großmann: Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit in: Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft 1924, Heft VI.

Hauser: Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz, in G. S. 54 (1897) S. 21 ff.

v. Hippel: Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Leipzig 1903.

„ Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum in: Vergleichende Darstellung d. deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, III. Bd. 1908, S. 505 ff.

„ Vorsatz und Fahrlässigkeit in den Entwürfen in: Z. St. W. 31, S. 562 ff.

Kadecka: Die Schuldlehre nach dem Strafgesetzentwurf, in: Z. St. W. 48 (1928) S. 605 ff.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht I, Mannheim 1890.

„ Der deutsche und österreichische Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs (Besprechung), in: Goltd. Arch. 56, S. 285 ff.

Köhler: Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, in: G. S. 96, S. 109 ff.

Kohlrausch: Dolus eventualis, in: Reform des Reichsstrafgesetzbuchs von Aschrott und von v. Liszt, Bd. I Allgemeiner Tl. 1910, S. 204 ff.

Lacmann: Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre, in: Z. St. W. 31 (1911) S 142 ff.

Lademann: Der dolus eventualis im deutschen Strafrecht, Diss. Erlangen 1898.

Liepmann: Reform des deutschen Strafrechts in: Hamburg. Schriften zur ges. Strafrechtswiss. 1921, Heft II.

v. Liszt-Schmidt: Lehrb. d. deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.

Löffler: Die Schuldformen des Strafrechts, Bd. I, Abteilung I, 1895

„ Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit des deutschen u. österreichischen Vorentwurfs, in: Oe. Z. II (1911) Heft III S. 131 ff.

Lucas: Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht. Berlin 1883.

„ Zu Abschnitt III des Vorentwurfs zu einem deutschen StGB, in: Z. St. W. 31, S. 549 ff.

Mayer, M. E.: Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. Leipzig 1901.

Merkel, P.: Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in: J. W. 1924, S. 1677 ff., 1925, S. 893 ff.

Meyer-Allfeld: Lehrb. d. deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.

Mezger: Die subjektiven Unrechtselemente, in G. S. 89 (1923), S. 207 ff.

Oppenhoff-Delius: Das StGB. d. Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1901.

v. Olshausen: Kommentar zum StGB Bd. I, 11. Aufl. 1927.
Prins: Science pénale et droit positif, 1898.
Quentin: Darstellung und Kritik der Lehre vom error in persona vel obiecto und der aberratio ictus, Diss. Heidelberg 1907.
Radbruch: Ueber den Schuldbegriff, in: Z. St. W. 24 S. 344.
Rosenfeld: Die iberische Halbinsel in: Die Strafgesetzgebung der Gegenwart: Das Strafrecht der Staaten Europas, hrsg. von v. Liszt, 1894, S. 481 ff.
Sigwart: Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache in: Kleine Schriften, 2. Reihe 1881 S. 115 ff.
Schumacher: Um das Wesen der Strafschuld in: Hamburg. Schriften z. ges. Strafrechtswiss. 1924 Heft 10.
Schuster: Großbritannien in: Die Strafgesetzgebung der Gegenwart: Das Strafrecht der Staaten Europas, hrsg. von v. Liszt 1894 S. 609 ff.
Schwarz: Kommentar zum StGB. 1914.
Thyrén: Ueber dolus und culpa, I. Teil: Ueber die Möglichkeit einer Grenze zwichen dolus und bewußter culpa. Lund 1896.
v. Tsortsopulos: Die Schuld und ihre Arten, in: G. S. 97. S. 227. ff.
Vocke; Vorsatz u. Fahrlässigkeit vom psychologischen Gesichtspunkt, in: Z. St. W. 48 (1927) S. 269.
Wachenfeld: Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriff, Diss. Göttingen 1887.
„ Die Tötungsdelikte in dem deutschen und dem österreichischen Vorentwurf zu einem StGB, in: Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. III 1909/1910, S. 416 ff.
„ Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555610_0061

Einleitung.

§ 1.

Die bestehenden[1]) Theorien.

I. Terminologisch sei vorausgeschickt, daß in dieser Arbeit folgende Bezeichnungen verwendet werden.

1. Der rechtswidrige Erfolg: Die rechtswidrige Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale, also nicht nur der Erfolg im engeren Sinne[2]).

2. Handeln in Absicht: Der Täter beabsichtigt, den rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen.

3. Handeln in Gewißheit: Der Täter beabsichtigt die Herbeiführung des zur Untersuchung stehenden rechtswidrigen Erfolges nicht, sieht ihn aber als notwendige Folge seines auf ein anderes Ziel gerichteten Tuns voraus.

4. Handeln im Zweifel: Der Täter erstrebt irgendeinen Erfolg, den er als möglicherweise eintretend voraussieht. Daneben sieht er den zur Untersuchung stehenden rechtswidrigen Erfolg als mögliche, wenn auch zweifelhafte Folge seines Tuns voraus.

5. Der Regefall des Handelns im Zweifel: Der Täter erstrebt irgendeinen Erfolg, den er als notwendig (sicher) eintretend voraussieht. Daneben sieht er den zur Untersuchung stehenden rechtswidrigen Erfolg

---

[1]) Ueber die geschichtliche Entwicklung unserer Frage vgl. v. Bar, Ges. II. S. 281 ff. Lademann; Bühring. — Ueber die Geschichte der Wahrscheinlichkeitstheorie: Großmann S. 37 ff. — Ueber die Geschichte d. Einwilligungstheorie: Großmann S. 55 ff.

[2]) Vgl. Frank, Komm. S. 182.

als mögliche, wenn auch zweifelhafte Folge seines Tuns voraus.

II. Das Handeln in Absicht und das Handeln in Gewißheit bilden zusammen nach der gemeinen Meinung den dolus directus. Darüber, zu welcher Schuldform, ob zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit, das Handeln im Zweifel zu rechnen sei, gibt es drei Ansichten: Die eine rechnet es zur bewußten Fahrlässigkeit, die zweite zum Vorsatz, die dritte zieht die Grenze mitten durch das Gebiet des Handelns im Zweifel hindurch. Indem die erste Ansicht das Handeln im Zweifel zur bewußten Fahrlässigkeit rechnet, bekämpft sie den Begriff des dolus eventualis. Indem die zweite Ansicht es zum einfachen dolus rechnet, bekämpft sie sowohl den Begriff des dolus eventualis als auch den der bewußten Fahrlässigkeit. Indem die dritte Ansicht das Handeln im Zweifel in zwei Teile zerlegt, in den des dolus eventualis und den der bewußten Fahrlässigkeit, stößt sie auf Schwierigkeiten auf der Suche nach einem Kriterium, das beide voneinander abgrenzt.

Hierbei können wir hinsichtlich des abgrenzenden Kriteriums vier Theorien unterscheiden. Die hypothetische Einwilligungstheorie macht die Entscheidung, ob Vorsatz oder bewußte Fahrlässigkeit vorliegt, von einem hypothetischen Urteil abhängig: kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist der Vorsatz zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen (erste Franksche Formel).

Nach der positiven Einwilligungstheorie ist Vorsatz zu bejahen, wenn der Täter den rechtswidrigen Erfolg billigt, in ihn einwilligt, mit ihm einverstanden ist, so oder ähnlich sind die Formulierungen dieser Theorie; zu verneinen, wenn er ihn nicht billigt, nicht mit ihm einverstanden ist usw.

Nach der Wahrscheinlichkeitstheorie

wird das Handeln mit vorgestellter Wahrscheinlichkeit zum Vorsatz, das Handeln mit nur vorgestellter Möglichkeit zur bewußten Fahrlässigkeit gerechnet.

Die Hoffnungstheorie nimmt dann, wenn eine Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolgs gegeben ist, Fahrlässigkeit, wenn keine solche Hoffnung gegeben ist, Vorsatz an.

Daneben tritt noch die *v. Liszt*sche Formulierung.

I. Teil: Grundlagen.

A. Rechtliche Grundlagen.

§ 2.

Der Begriff der Schuld und das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu ihm.

Beling[1]) führt aus: „Ist im Sinne des Gesetzes die vorsätzliche Tat schwerer strafbar als die im übrigen durchaus gleichgelagerte fahrlässige Tat, so kann dies nur damit zusammenhängen, daß Vorsatz und Fahrlässigkeit Stufen der Schuld sind, d. h. der auf Vorsatz lautende Vorwurf schwerer ist als der auf Fahrlässigkeit lautende, immer die sonstige Kongruenz der Tat vorausgesetzt. Danach, d. h. nach der ratio und nicht nach formal konstruktiven oder sprachlich grammatikalischen Gesichtspunkten ist die Grenzlinie aufzusuchen, die dolus und culpa voneinander scheidet."

Wollten wir dieser Methode *Belings* folgen, so müßten wir erstens den Begriff der Schuld feststellen, der auf alle Fälle das Merkmal des Vorwerfbaren zu enthalten hätte, zweitens Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldarten nachweisen und drittens eine Grenze finden, der in jedem Fall ein verschiedener Schuldvorwurf entspricht.

1. Stellen wir zunächst einmal einige der in der Literatur aufgestellten Begriffsbestimmungen der Schuld

[1]) Unschuld, S. 30.

zusammen. Schuld ist der Gemütszustand, der eine Handlung als für den Handelnden charakteristisch erscheinen läßt (Radbruch, Z. St. W. 24 S. 348). Schuld ist der Inbegriff der strafrechtlich relevanten Beziehungen der Innerlichkeit eines Menschen zu einem sozial schädlichen Erfolge seiner Handlungen (*Löffler,* Schuldformen S. 5). Schuld ist Vorwerfbarkeit (*Frank,* Aufbau S. 529). Schuld ist das Unwerturteil über das Verhalten einer Person mit Einschluß seiner Folgen, das als unrecht, unsozial, unsittlich angesehen wird und von dem man überzeugt ist, daß es die Person ebenso bewertet hat oder hätte bewerten können (*P. Merkel,* J. W. 1924 S. 1679). Schuld ist die Vorwerfbarkeit einer rechtswidrigen Handlung im Hinblick auf die Fehlerhaftigkeit des sie verursachenden psychischen Vorgangs (*v. Liszt-Schm.* Lb. S. 215).[1]) Schuld ist Nichtachtung des Rechtsgutes (*Großmann* S. 6). Schuld ist die psychische Beziehung des Täters zu dem schädlichen Erfolg seines Tuns, welche ihn als strafwürdig kennzeichnet (*Exner* S. 7). Die Schuld ist ein vorwerfbarer Wahlvorgang, der — und weil er — die psychische Ursache der widerrechtlichen Erscheinung geworden ist (*v. Tzortzopulos* S. 230).

2. Wenn wir nun die Frage nach dem logischen Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zum Schuldbegriff aufwerfen, so finden wir, daß auch diese in der Literatur keineswegs einheitlich beantwortet wird. Die herrschende Lehre faßt Vorsatz und Fahrlässigkeit als Arten der Schulden auf. Nach *Frank*[2]) sind Vorsatz und Fahrlässigkeit Schuldelemente, die keineswegs alle Merkmale der Schuld an sich tragen. *P. Merkel*[3]) will Vorsatz und Fahrlässigkeit unabhängig vom Schuldbegriff bilden. Nach ihm soll der Vorsatz nicht eine Unterart der Schuld, sondern die Schuld ein Artmerkmal des Vorsatzes sein.

---

[1]) Aehnlich Beling: Unschuld S. 12—13.
[2]) Aufbau S. 530. [3]) J. W. 1925 S. 895.

3. Es ist natürlich unmöglich, im Rahmen dieser Arbeit gründliche Untersuchungen über den Schuldbegriff und das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit zu diesem anzustellen. Wir gehen daher von folgenden, der herrschenden Lehre weitgehend entsprechenden Grundlagen aus:

a) Der Schuldbegriff enthält das Merkmal des Vorwerfbaren. Die Schwere der Schuld ist abhängig von der Schwere des Schuldvorwurfs.

b) Die dem Schuldvorwurf zugrunde liegende psychische Beziehung zum rechtswidrigen Erfolg ist die Nichtachtung des fremden Rechtsgutes im Verhältnis zu den Zielen des Täters[1]).

c) Daraus, daß im Sinne des Gesetzes die vorsetzliche Tat schwerer strafbar ist als die im übrigen durchaus gleichgelagerte fahrlässige Tat, geht hervor, daß der auf Vorsatz lautende Vorwurf schwerer ist als der auf Fahrlässigkeit lautende. Der Schuldgehalt der vorsätzlichen Tat ist immer höher als der der fahrlässigen Tat. Auf dieser Grundlage ist die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit zu ziehen[2]).

§ 3.

Die Bestimmungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im geltenden Strafgesetzbuch.

1. Aus § 59, I StGB. ergibt sich, daß Vorsatz niemals vorliegen kann, wenn eine Vorstellung vom rechts-

[1]) Löffler, Oe. Z. II S. 132 ff. Exner S. 163 ff.; v. Hippel: Grenze S. 118; Großmann S. 6; v. Liszt-Schm. S. 216. Diese Auffassung wird in der Literatur, abgesehen von vereinzelten Angriffen gegen Exners-Fahrlässigkeitstheorie, nicht bestritten. Großmann S. 6 a. E.

[2]) Wer die unter a—c als Ausgangspunkt aufgestellten Sätze nicht anerkennen will, mag folgendermaßen formulieren: In den Fällen, wo nach dem StGB. das fahrlässige Handeln strafbar ist, wird es mit einer geringeren Strafe bedroht als das vorsätzliche Handeln in den gleichgelagerten Fällen. Das vorsätzliche Handeln ist also nach dem StGB. strafwürdiger als das fahrlässige Er braucht nur statt der in der Arbeit verwendeten termini Schuld und Schuld-

widrigen Erfolg fehlt. Die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg ist also begriffsnotwendig für den Vorsatz.

2. Aus § 59, II StGB. ergibt sich, daß Fahrlässigkeit vorliegen kann, auch wenn keine Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg vorhanden ist; somit ist durch § 59, II der Begriff der unbewußten Fahrlässigkeit anerkannt. Ueber den Begriff der bewußten Fahrlässigkeit schweigt das Gesetz.

§ 4.

Anerkennung des Begriffes der bewußten Fahrlässigkeit.

Der Begriff der bewußten Fahrlässigkeit wird von denen verneint, die das gesamte Handeln im Zweifel zum Vorsatz rechnen.

1. *Hauser* (S. 21) führt als Begründung für diese Meinung an: „Wollte man in allen Fällen, wo eine bestimmte Annahme der Verwirklichung des Deliktstatbestandes nicht vorlag, die Vorsätzlichkeit in Abrede stellen, würde der Zweck der strafrechtlichen Bestimmungen die Sicherung der menschlichen Gesellschaft, in höchst unzureichender Weise erfüllt werden". Dieser Satz ist richtig, kann aber keinen Grund für diese Meinung abgeben. Daraus, daß, wenn man in allen Fällen des Handelns im Zweifel die Vorsetzlichkeit in Abrede stellt, der Zweck der strafrechtlichen Bestimmungen in höchst unzureichender Weise erfüllt werden würde, folgt lediglich, daß in den Fällen Vorsatz angenommen werden muß, wo die gegenteilige Annahme den Zweck der Strafbestimmungen nur unzureichend erfüllen würde, nicht aber, daß nun alle Fälle des Handelns im Zweifel zum Vorsatz gezählt werden müssen.

2. *Binding*[1]) geht aus von dem Satz, daß dann ein vorsätzliches Delikt vorliegt, wenn sich der Handelnde als

gehalt die Strafwürdigkeit einzusetzen und wird so zu denselben Ergebnissen gelangen wie wir.

[1]) Schuld, S. 137.

Täter erkannt hat. Beim Handeln im Zweifel hat er sich nach *Binding* für den Fall als Täter erkannt, daß der angezweifelte rechtswidrige Erfolg eintritt. Wie wenig dieser Ausgangssatz *Bindings* im gewöhnlichen Wortsinn zugrunde gelegt werden kann, kann man daraus ersehen, daß er selbst von diesem Satze aus in seinen Normen (S. 263) zur positiven Einwilligungstheorie kommt, während er hier auf der Grundlage desselben Satzes das gesamte Handeln im Zweifel zum Vorsatz rechnen müßte. Ein näheres Eingehen auf diesen Punkt würde freilich eine Erörterung über *Bindings* Willens- und Verursachungsbegriff voraussetzen, was hier zu weit führen würde.

3. Man könnte versucht sein, für die hier angedeutete Gegenmeinung eine Begründung aus § 59 StGB. durch argumentum e contrario herzuleiten, indem man sagt: „Da bei vollständiger Unkenntnis von Tatmerkmalen Verurteilung wegen Vorsatzes unzulässig ist, so ist sie umgekehrt immer zulässig, sobald irgendwelche Kenntnis der betreffenden Merkmale, sei es als sicher, sei es auch nur als möglich, vorhanden war". Ein derartiges argumentum e contrario ist unberechtigt[1]), denn die Entstehungsgeschichte des dem preußischen StGB. (§ 44) nachgebildeten § 59 ergibt[2]), daß der Gesetzgeber in keiner Weise den festen Boden der bisherigen Theorie und Praxis verlassen, daß er also das Gebiet der Vorstellung als möglich in dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit aufgeteilt wissen wollte.

4. Entscheidend für die Ablehnung der *Hauser*'schen Theorie ist folgendes: Ein Täter, der einen rechtsmäßigen Erfolg beabsichtigt und sich vorstellt, daß der Eintritt eines rechtswidrigen, ihm unerwünschten Nebenerfolges immerhin möglich wäre, der seine Handlung aber trotzdem vornimmt, weil er hofft, daß dieser Nebenerfolg nicht

[1]) v. Hippel: Grenze S. 147.

[2]) Lucas: Verschuldung S. 37; Löffler: Schuldformen S. 264; v. Olshausen S. 350.

eintreten wird, handelt offenbar weniger schuldhaft als derjenige, der gehandelt hat, obgleich er sich den Nebenerfolg als notwendig eintretend vorstellte. Setzt man in dieses Beispiel immer geringere Möglichkeitsgrade ein, so kommt man schließlich zu dem Punkt, wo die Wahrscheinlichkeit gleich Null ist (Unmöglichkeit). Es ist einleuchtend, daß auch die Schuld in diesem Falle gleich Null sein kann, nämlich dann, wenn unbewußte Fahrlässigkeit nicht gegeben ist. Somit stuft sich die Schuld innerhalb des Handelns im Zweifel von einer gewissen Höhe bis zum Nullpunkt ab. Es gibt also innerhalb des Handelns im Zweifel Fälle, die keinen schwereren Schuldvorwurf verdienen als Fälle der unbewußten Fahrlässigkeit.

Dies sei an zwei konkreten Beispielen gezeigt. Ein guter Schütze will, um seine Kunst zu zeigen, einem Mädchen eine Glaskugel aus der Hand schießen, ohne es zu verletzen. Da er weiß, daß er ein guter Schütze ist, hält er eine Verletzung des Mädchens für höchst unwahrscheinlich. Er verletzt das Mädchen an der Hand. — Ein Mensch will in der Dämmerung in einem Stadtpark probieren, ob sein Revolver noch funktioniert. Er schießt auf ein dichtes Gebüsch, ohne an die Möglichkeit zu denken, daß durch die Kugel ein Mensch getroffen werden könnte. Tatsächlich wird ein hinter dem Gebüsch auf einer Bank sitzendes Mädchen an der Hand verletzt. Man kann hier nicht behaupten, daß die Schuld im ersten Beispiel auf jeden Fall größer sei als im zweiten. Es gibt eben innerhalb des Handelns im Zweifel Fälle, die keinen schwereren Schuldvorwurf verdienen als Fälle der unbewußten Fahrlässigkeit.

Da nun nach dem Gesetz der auf Vorsatz lautende Vorwurf schwerer ist als der auf Fahrlässigkeit lautende [1]), so geht es nicht an, diese Fälle dem Vorsatz zuzuzählen, es kann sich hier auch nur um Fahrlässigkeit handeln. Somit ist die Berechtigung des Begriffes der bewußten

[1]) § 2,3 c.

Fahrlässigkeit aus diesem letzten Gesichtspunkt ebenso wie aus der Entwicklungsgeschichte des Gesetzes nachgewiesen [1]).

§ 5.
Die für die Abgrenzung verwertbaren psychischen Erscheinungen.

Mag es auch bestritten sein, ob zu dem psychologischen Begriffsmerkmal der bewußten Fahrlässigkeit oder des Vorsatzes noch ein weiteres unabhängiges normatives Merkmal hinzukommt, darüber ist man sich einig, daß dieses Merkmal für die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit keine Rolle spielt. Es können also nur psychologische Momente von Bedeutung sein. Solche sind die Vorstellung, der Wille, das Einverstandensein, das Gefühlsmoment, die Gesinnung des Täters und die Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges. Und in der Tat ist jedes dieser Momente in der Theorie für die Abgrenzung herangezogen worden. Bekannt ist ja der Streit zwischen der Willens- und Vorstellungstheorie. Bezüglich des Gefühlsmomentes ist nicht allein auf die Gefühlsrichtung (Lust oder Unlust), als vielmehr auch ganz besonders auf die Stärke des Gefühlstones Gewicht gelegt worden.

§ 6.
Abgrenzendes Merkmal und Tatprinzip.

1. Es ist ein Grundsatz unseres Rechts, nicht seelische Erscheinungen, sondern Handlungen zu bestrafen. Die Strafdrohung knüpft an an ganz bestimmte, bis ins einzelne durch die aufgestellten Tatbestände differenzierte Handlungen. Für das geltende Strafrecht ist also in erster Linie die äußere Handlung von Interesse. Seelische Vorgänge und Zustände kommen grundsätzlich nur insoweit

[1]) Gegen die Bezeichnung „bewußte Fahrlässigkeit" Engelmann S. 160 Anm. 2, ohne daß hier ein sachlicher Unterschied gegenüber den Ausführungen des Textes vorliegt.

in Betracht, als sie vermittels des Willensimpulses, der Innervation, Ursache für die Handlung geworden sind.

2. Auf die dem Vorsatz und der bewußten Fahrlässigkeit zugrunde liegenden seelischen Erscheinungen angewandt heißt dies: Die psychische Beziehung zum rechtswidrigen Erfolg, die dem Vorsatz und der bewußten Fahrlässigkeit gemeinsam ist, ist eine doppelte, einerseits eine kausale, d. h. die seelische Erscheinung muß für den Erfolg kausal sein, andererseits eine inhaltliche, d. h. der Erfolg muß inhaltliches Objekt der seelischen Erscheinung gewesen sein, z. B. der Täter muß gerade diesen Erfolg sich vorgestellt haben. Für die Frage nach Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit kommen seelische Erscheinungen nur insoweit in Betracht, als sie durch den Willensimpuls für die Handlung kausal geworden sind [1]).

3. Was für die dem Vorsatz und der bewußten Fahrlässigkeit gemeinsamen seelischen Erscheinungen gilt, gilt auch für das Merkmal, das den Vorsatz von der bewußten Fahrlässigkeit abgrenzt. Nur wenn und insoweit die seelische Erscheinung, die das abgrenzende Merkmal bilden soll, durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden ist, kann es für eine Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit in Frage kommen. Hieraus folgt zweierlei:

a) Die Gesinnung, d. h. die dauernde Willens- oder Gefühlsrichtung des Täters kann für die Abgrenzung nur insoweit in Frage kommen, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden ist, als sie in der Tat hervortritt [2]).

b) Vor und bei der Tat aktuelle seelische Erscheinungen kommen für die Abgrenzung nur insoweit in Frage,

---

[1]) v. Liszt-Schm. S. 215; Löffler, Oe. Z. II S. 156; Schumacher S. 109; Exner S. 137; Lacmann Z. St. W. 31 S. 157; Großmann S. 13 f.; Liepmann S. 73.

[2]) Löffler Oe. Z. II. S. 156; Schumacher S. 109; Exner S. 137.

als sie durch den Willensimpuls für die Handlung kausal geworden sind [1]).

B. Psychologische Grundlagen.

§ 7.

Gefühlswert, Wertung.

I. Der Gefühlswert.

1. Jede Vorstellung, die der Mensch hat, ist für ihn von einem bestimmten Gefühl begleitet. Wenn wir uns z. B. vorstellen, daß wir eine schöne Gebirgswanderung machen, daß wir ein Examen bestehen werden, daß wir ein gutes Konzert anhören, daß unsere Wertpapiere im Kurs fallen, daß wir uns einer Operation unterziehen müssen usw., immer ist diese Vorstellung für uns mit einem bestimmten Gefühl verbunden. So mannigfaltig und qualitativ verschieden diese Gefühle sein werden, so enthalten sie doch alle das Moment des Angenehmen oder Unangenehmen. Die Vorstellung der Gebirgswanderung, des bestandenen Examens, des Konzerts ist mit einem Gefühl des Angenehmen, einer Lust, die Vorstellung des Fallens der Wertpapiere und die der Operation mit einem Gefühl des Unangenehmen, einer Unlust verknüpft.

In jedem Gefühl ist je nachdem Lust oder Unlust enthalten. Sie bilden gewissermaßen die Grundstimmung jedes einzelnen Gefühls.

2. Aber nicht nur den Gegensatz Lust oder Unlust können wir bei jedem mit einer Vorstellung verknüpftem Gefühl feststellen, sondern auch eine ganz bestimmte Stärke der Lust oder Unlust. Die mit der Vorstellung des bestandenen Examens verbundene Lust wird im allgemeinen größer sein als die mit der Vorstellung eines Konzerts verbundene. Wenn ein Mensch die Wahl hat, ob er sich für seine 10 Mk. ein gutes Konzert oder ein gutes Abendbrot leisten soll, so wird er das wählen, dessen

[1]) Lacmann Z. St. W. 31 S. 157; Großm. S. 13 f., Liepmann S. 73.

Vorstellung ihm die größere Lust bereitet. Trotz qualitativer Verschiedenheiten der Gefühle im einzelnen enthalten sie alle eine Lust oder Unlust von bestimmter Stärke. Das Moment des Angenehmen oder Unangenehmen innerhalb jedes Gefühls liegt also an einem ganz bestimmten Punkt der Lust — Unlustskala. Dies ist in der Jurisprudenz gar nicht, in der neueren Psychologie von einzelnen mit dem Hinweis auf die qualitative Verschiedenheit der Gefühle, was aber nach dem Ausgeführten nicht durchschlagend sein kann, bestritten worden.[1])

3. Wenn wir nun nach einem gemeinsamen Oberbegriff für Lust und Unlust suchen, so wird uns von Thyrén, v. Hippel und Großmann der Begriff des Gefühlswertes dargeboten. Dieses Wort ist schlecht und kann leicht zu Irrtürmern führen. In Ermanglung eines besseren wollen wir es aber beibehalten, uns jedoch klar vor Augen führen, daß in dieser Arbeit unter „Gefühlswert" nichts weiter als der Oberbegriff von Lust und Unlust verstanden werden soll.

4. Diesem absoluten Gefühlswert können wir einen relativen gegenüberstellen. Ein Täter erstrebt einen Erfolg, sieht aber voraus, daß als weitere Folge seines Tuns ein weiterer, ihm an sich unangenehmer Nebenerfolg eintreten wird. Ein Täter benutzt zur Herbeiführung eines erstrebten Erfolges als Mittel die Herbeiführung eines ihm an sich unangenehmen Vorerfolges. In diesen Fällen läßt sich die Höhe des negativen Gefühlswertes des Neben- bzw. Vorerfolgs mit der Höhe des positiven Gefühlswertes des erstrebten Erfolges vergleichen. Aus dem Verhältnis, dem Quotienten beider, ergibt sich die Höhe des relativen Gefühlswertes. Bezeichnen wir den Gefühlswert des unerwünschten Neben- bzw. Vorerfolges mit m und den des erstrebten Erfolges mit M, so ist der relative Gefühlswert des Neben- bzw. Vorerfolges $r = \frac{m}{M}$, also proportional dem Gefühlswert des unerwünschten Nebenerfolges

[1]) Sigwart S 120, 139 f., 143; v. Liszt-Schm. S. 152; Thyrén S. 10 f; v. Hippel: Grenze S. 141; Großmann S. 33.

und zugleich umgekehrt proportional dem Gefühlswert des erstrebten Haupterfolges.

II. Die Wertung.

Mit dem Gefühlswert der Verletzung eines fremden Gutes ist aufs engste verbunden die Wertschätzung dieses Gutes von seiten des Täters [1]).

1. Ist mit der Vorstellung der Verletzung eines fremden Gutes ein Unlustgefühl verbunden, so ist hieraus ersichtlich, daß der Täter das Gut achtet, wertschätzt, sagen wir, daß er es positiv wertet. Ist dagegen mit dieser Vorstellung ein Lustgefühl verbunden, so liegt hierin eine Geringachtung, eine negative Wertung des fremden Gutes. Aber nicht nur die Qualität der Wertung — positive und negative — ist aus dem Gefühlswert ersichtlich, sondern auch die Quantität, größere oder geringe — positive und negative - Wertung. Der Grad der Wertung hängt von der Höhe des Gefühlswertes ab, und wie die Intensität des Gefühls ist auch der Wert in unendlichen Nüancen abstufbar [2]).

2. Ebenso wie wir oben unter I. 4 einen absoluten und einen relativen Gefühlswert unterschieden haben, können wir hier auch der absoluten Wertung eine relative gegenüberstellen. Das wäre die Höhe der Achtung des fremden Gutes im Verhältnis zu den Zielen des Täters Diese relative Geringachtung des fremden Gutes ist umso größer, je geringer der relative Gefühlswert ist; denn je niedriger der Täter das fremde Gut im Verhältnis zu seinen Zielen wertet, je größer also die Geringwertung, desto schwächer ist das Unlustgefühl, das der Täter bei der Vorstellung seiner Verletzung empfindet, im Verhältnis zu dem Lustgefühl, das ihm die Vorstellung seines Zieles bereitet. Je geringer der relative Gefühlswert, desto größer die relative Nichtachtung; je größer der relative Gefühls-

[1]) Vgl. zum Folgenden besonders Vocke S. 269 ff.

[2]) Exner S. 171.

wert, desto geringer die relative Nichtachtung. Die relative Nichtachtung nimmt in demselben Maße zu, wie der relative Gefühlswert abnimmt. Relativer Gefühlswert und relative Nichtachtung sind somit einander umgekehrt proportional.

§ 8.
Abhängigkeit der Triebkraft vom vorgestellten Möglichkeitsgrad.

Zu unterscheiden von dem Begriff des Gefühlswertes ist der der Triebkraft [1]). Triebkraft ist die Kraft der gefühlsbetonten Vorstellung, auf die Entschlußbildung zu wirken. Der Gefühlswert setzt sich mitunter gar nicht oft auch nur zu einem gewissen Bruchteil seiner Höhe in Triebkraft um. Das Maß dieser Umsetzung hängt von mehreren Faktoren ab.

Als erster Faktor stellt sich uns der Möglichkeitsgrad dar, mit dem der Täter sich den Erfolg vorstellt.

1. Fassen wir zunächst folgenden Fall ins Auge: Der Täter stellt sich einen Erfolg als lustbetont, also als erstrebenswert vor.

a) Hält er den Eintritt des Erfolges für unmöglich, so ist der Einfluß des an seine Vorstellung geknüpften Lustgefühls gleich Null. Die Erfolgsvorstellung kann noch so stark lustbetont sein, eine Handlung wird niemals zustande kommen. Bei Möglichkeitsgrad Null ist die Triebkraft gleich Null. Hält der Täter den Erfolg für gewiß, so wirkt der ganze Gefühlswert der Erfolgsvorstellung ungeschwächt auf die Willensbildung ein. Beim Möglichkeitsgrad = 1 ist die Triebkraft gleich dem Gefühlswert. Es fragt sich nun, in welcher Weise sich bei gleichbleibendem Gefühlswert und unter sonst gleichbleibenden Umständen, also ceteris paribus, die Triebkraft bei dem Anwachsen des Möglichkeitsgrades von 0 auf 1 verändert.

b) Zur Beantwortung dieser Frage ziehen wir folgendes

[1]) Thyrén S. 73 ff.; Großmann S. 33; v. Hippel: Grenze S. 141 Anm. 2.

Beispiel heran: Ein Täter stellt sich zwei Erfolge vor, von denen er entweder den einen oder den anderen herbeiführen kann. Keiner der Erfolge ist ihm lieber als der andere, beide sind ihm gleich angenehm; die Vorstellung eines jeden ist mit dem gleichen Lustgefühl verknüpft. Alle sonstigen Umstände liegen gleich, nur die Wahrscheinlichkeit, daß der erste Erfolg eintritt, erscheint dem Täter größer als die, daß der zweite eintritt. Hier wird der Täter den ersten Erfolg herbeiführen.[1]) Psychologisch erklärt sich dies dadurch, daß das an die Erfolgvorstellung gebundene Lustgefühl sich bezüglich der ersten Handlung in stärkerem Maße in Triebkraft umsetzt als bezüglich der zweiten; die Triebkraft des ersten Erfolges ist größer als die des zweiten. Da sich in dieses Beispiel alle nur denkbaren Möglichkeitsgrade einsetzen lassen, so erhalten wir den Satz: Bei gleichem Gefühlswert und ceteris paribus ist die Triebkraft umso größer, je größer der vorgestellte Möglichkeitsgrad ist, oder anders ausgedrückt: Bei gleichem Gefühlswert und ceteris paripus nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades die Triebkraft zu[2]).

c) *Großmann* (S. 33) behauptet nun, daß Höhe der Wahrscheinlichkeit und Stärke der Triebkraft gleichmäßig nebeneinander herlaufen, daß also bei jeder Zunahme des Möglichkeitsgrades die Triebkraft in entsprechendem Maße zunimmt, oder mit anderen Worten, daß Höhe des Möglichkeitsgrades und Stärke der Triebkraft einander proportional sind. Obwohl diese Behauptung den Schein der Richtigkeit für sich hat, läßt sie sich jedoch nicht beweisen. Eine Proportionalität zwischen vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Triebkraft können wir demnach unseren Untersuchungen nicht zugrunde legen.

2. Betrachten wir nun folgenden Fall: Der Täter steht vor der Wahl, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, mit der er einen bestimmten Erfolg erreichen möchte;

[1]) Vgl. Thyrén S. 73: Großmann S. 34; auch Sigward S. 128.

[2]) Lacmann S. 162; Thyrén S. 73 ff., 80 ff., 89 ff.; Großmann S. 33; Löffler Oe. Z. II. S. 150 und Schuldformen S. 7.

er weiß, daß durch die Handlung ein unangenehmer Nebenerfolg herbeigeführt werden kann.

a) Dann gilt: Je wahrscheinlicher dem Täter der Eintritt des erwünschten Erfolges ist, in desto größerem Umfange setzt sich das an die Vorstellung dieses Erfolges geknüpfte Lustgefühl in Triebkraft um.

Andererseits aber gilt entsprechendes für die Vorstellung der unerwünschten Nebenfolge in ihrer gegenmotivierenden Bedeutung: Hält der Täter den ihm unerwünschten Erfolg für unmöglich, so kann die Unlustbetontheit der Erfolgsvorstellung denkbar groß sein, irgendeinen gegenmotivierenden Einfluß wird sie nicht ausüben, wird für den Täter nicht die geringste Hemmung gegen die Vornahme der betreffenden Handlung sein. Ist andererseits der Täter des Eintritts dieses unerwünschten Nebenerfolges sicher, so wirkt jenes, die Erfolgsvorstellung begleitende Unlustgefühl in seiner vollen Stärke auf die Willensbildung (als Gegenmotiv) ein. Wenn nun der Täter den Eintritt des Nebenerfolges nur für möglich hält, so ist die Wirksamkeit des Unlustgefühls durch jeden Abstand zwischen der vorgestellten Wahrscheinlichkeit von der Gewißheit geschwächt, und zwar um so mehr geschwächt, je größer dieser Abstand ist, für je unwahrscheinlicher der Täter den Eintritt dieses Erfolges hält.

b) Die Richtigkeit des Letzteren zeigt uns wiederum ein Beispiel: Der Täter stellt sich zwei Erfolge vor, von denen er entweder den einen oder den anderen herbeiführen kann. Er weiß, daß mit der Herbeiführung eines jeden von ihnen außerdem noch ein ihm unangenehmer Nebenerfolg eintreten kann. Die Vorstellung eines jeden dieser Nebenerfolge ist für den Täter mit dem gleichen Unlustgefühl verbunden. Alle Umstände liegen gleich, nur hält der Täter den Eintritt des Nebenerfolges im ersten Fall für wahrscheinlicher als im zweiten. Hier wird der Täter den zweiten Erfolg herbeiführen. Die Gegentriebkraft des unerwünschten Nebenerfolges ist geringer als im ersten Fall.

Es ergibt sich also auch hier der Satz: Bei gleichem

Gefühlswert und ceteris paribus nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades die Triebkraft zu.

§ 9.

Abhängigkeit der Triebkraft von der Hoffnung.

Es wäre aber nun falsch, mit *Großmann* (S. 33 f.) zu glauben, daß der vorgestellte Möglichkeitsgrad außer dem Gefühlswert der einzige Faktor sei, von dem die Stärke der Triebkraft abhängig ist.

1. Zwei Täter stellen sich vor, daß durch ihre Handlung außer dem erstrebten noch ein ihnen unerwünschter Erfolg eintreten kann. Bei beiden Tätern sei der Gefühlswert sowohl des erstrebten als auch des unerwünschten Erfolges gleich. Beide stellen sich den Eintritt des erstrebten Erfolges als sicher, den des unerwünschten als nur möglich, aber mit gleichem Möglichkeitsgrad vor. Hier kann es sein, daß der eine Täter handelt, während der andere die Handlung unterläßt. Der eine Mensch handelt unbedenklich auf die Unmöglichkeit hin, sobald er einigermaßen große Chancen hat, der Gefahr zu entgehen, weil er trotz vorgestellter Möglichkeit sich der Hoffnung hingibt, daß der unerwünschte Nebenerfolg nicht eintreten wird, der andere gelangt nicht zu einer solchen Hoffnung und unterläßt die Vornahme der Handlung.

Psychologisch erklärt sich dies dadurch, daß im ersten Fall durch die Hoffnung die Wirksamkeit des Gefühlswertes des Nebenerfolges, also die Gegentriebkraft noch weiter herabgemindert wird, sodaß ihre Stärke geringer wird als die der Triebkraft des erstrebten Erfolges und somit eine Handlung zustande kommt, während im zweiten Fall eine solche weitere Verminderung der Stärke der Gegentriebkraft nicht stattfindet, sodaß hier ihre Stärke größer ist als die der Triebkraft des erstrebten Erfolges und somit eine Handlung unterbleibt. Die Hoffnung auf den Nichteintritt des unerwünschten Nebenerfolges setzt also die Wirksamkeit seines Gefühlswertes herab,[1]) und zwar

[1]) Thyrén S. 140; v. Hippel: Grenze S. 141.

wird die Stärke der Gegentriebkraft um so mehr vermindert, je größer die Hoffnung ist. Bei gleichem Gefühlswert und vorgestelltem Möglichkeitsgrad nimmt mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolges seine abhaltende Triebkraft ab.

2. Zu entsprechenden Ergebnissen kommen wir in folgendem Fall. Zwei Täter stellen sich vor, daß durch ihre Handlung außer dem erstrebten noch ein ihnen unerwünschter Erfolg eintreten kann. Bei beiden sei der Gefühlswert sowohl des erstrebten als auch des unerwünschten Erfolgs gleich. Beide stellen sich den Eintritt des unerwünschten Erfolges als sicher, den des erstrebten als nur möglich, aber mit gleichem Möglichkeitsgrad vor. Auch hier kann es sein, daß der eine Täter handelt, während der andere die Handlung unterläßt. Der eine Mensch handelt unbedenklich auf die Möglichkeit hin, sobald er einigermaßen große Chancen hat, den erstrebten Erfolg zu erreichen, weil er sich der Hoffnung hingibt, daß der erstrebte Erfolg, obgleich er ihn nur als eine mögliche Folge seines Handels voraussieht, eintreten wird, der andere gelangt nicht zu einer solchen Hoffnung und unterläßt die Vornahme der Handlung.

Psychologisch erklärt sich dies dadurch, daß im ersten Falle durch die Hoffnung die Stärke der Triebkraft des erstrebten Erfolges vergrößert wird, sodaß diese größer ist als die der Gegentriebkraft und somit eine Handlung zustande kommt, während im zweiten Fall eine solche Vergrößerung nicht stattfindet, sodaß die Stärke der Triebkraft des erstrebten Erfolges geringer ist als die der Gegentriebkraft und somit eine Handlung unterbleibt. Die Hoffnung auf den Eintritt des ersrebten Erfolges vergrößert also die Wirksamkeit seines Gefühlswertes und zwar wird die Stärke der Triebkraft des erstrebten Erfolges um so mehr vergrößert, je größer die Hoffnung ist. Bei gleichem Gefühlswert und vorgestelltem Möglichkeitsgrad nimmt mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten Erfolges auch seine Triebkraft zu.

Diese Zunahme hat ihre obere Grenze in der Höhe des Gefühlswertes. Die Triebkraft kann nie größer sein als der Gefühlswert, denn es kann sich ja nicht mehr als das ganze Lustgefühl in Triebkraft umsetzen.

§ 10.

Vorgestellter Möglichkeitsgrad und Hoffnung, außer dem Gefühlswert die einzigen Faktoren, von denen die Triebkraft abhängig ist.

Vorgestellter Möglichkeitsgrad und Hoffnung sind also außer dem Gefühlswert die beiden Faktoren, von denen die Stärke der Triebkraft abhängig ist. Weitere Faktoren kommen nicht hinzu.

I. Dies wird klar, wenn wir die Voraussetzungen des Vorliegens einer Hoffnung näher untersuchen.

1. Beginnen wir mit dem Fall, daß der Täter auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolgs hofft [1]). Der Täter erstrebt einen Erfolg; er weiß, daß er durch die zu dessen Erreichung geplante Handlung möglicherweise einen unerwünschten Nebenerfolg herbeiführen würde. Der Gedanke an die mögliche unangenehme Folge quält, beunruhigt ihn. Hinzukommt, daß der schlechte Ausgang der geplanten Handlung ja nicht etwas ist, mit dem der Täter sich einfach abzufinden hat, wie bei der Voraussicht als notwendig. Der Gedanke an die Möglichkeit des guten Ausganges durchkreuzt jene beunruhigenden Gedanken und sorgt dafür, daß der Täter zwischen den Gedanken an die beiden Möglichkeiten hin- und hergerissen wird.

Einer solchen quälenden Spannung gegenüber verhalten sich die Menschen verschieden. Die einen haben die Kraft, sie voll und ganz zu erleben, sie nüchtern zu ertragen. Die anderen helfen sich darüber hinweg, indem sie auf einen guten Ausgang hoffen.

Welches sind nun die Voraussetzungen für die Entstehung einer solchen Hoffnung? Einerseits muß beim

[1]) Vgl. zum Folgenden Großmann S. 63 f.

Täter ein Bedürfnis vorhanden sein, sich über die seelische Spannung, die ihm die Vorstellung des möglichen Eintritts des unerwünschten Nebenerfolgs bereitet, durch Hoffen hinwegzusetzen, andererseits muß der Täter hierzu fähig sein. Jeder dieser beiden Faktoren ist nun wieder seinerseits abhängig von dem Charakter des Täters, von der Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrads und von der Stärke des mit der Vorstellung des Nebenerfolgs verbundenen Unlustgefühls.

a) Je stärker das Individuum ist, desto geringer ist das Bedürfnis zu hoffen. Ein starkes Individuum hat die Kraft, die Qual der Ungewißheit voll und ganz zu erleben. Ein Bedürfnis, sich durch Hoffen darüber hinwegzusetzen, entsteht hier gar nicht.

Weiter ist das Bedürfnis um so geringer, je weniger den Täter die seeliche Spannung quält. Dies hängt nun wieder davon ab, einerseits, wie hoch der vorgestellte Möglichkeitgrad, andererseits, wie stark das Unlustgefühl ist; denn je wahrscheinlicher dem Täter der Eintritt des Nebenerfolges erscheint, und je stärker das an seine Vorstellung geknüpfte Unlustgefühl ist, desto lästiger ist die Vorstellung des möglichen Eintritts des Nebenerfolges für den Täter; desto größer also das Bedürfnis, sich über die seelische Spannung durch Hoffen hinwegzuhelfen.

Wir erhalten also: Je stärker das Individuum, desto geringer, je höher der vorgestellte Möglichkeitsgrad und je stärker das Unlustgefühl, desto größer das Bedürfnis.

b) Außer dem Vorliegen des Bedürfnisses muß das Individuum dazu fähig sein, trotz der Vorstellung als möglich auf einen guten Ausgang zu hoffen. Es ist um so fähiger hierzu, je mehr der Wille dem Verstande überlegen ist. Dies hängt davon ab, einerseits, wie stark der Wille, andererseits, wie scharf und wach der Verstand ist. Zum Reflektieren neigende Naturen sind in viel geringerem Maße imstande zu hoffen als Willens- und Gefühlsmenschen. Die Charaktereigenschaften der letzteren, persönliche

Energie, Wagemut, Leichtsinn, Uebermut usw., sind es, die sie befähigen, trotz der Vorstellung als möglich zu hoffen.

Weiter hängt die Fähigkeit, von der Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrads und der Stärke des Unlustgefühls ab. Je wahrscheinlicher dem Täter der Eintritt des Nebenerfolges ist, um so schwerer ist es für ihn, auf den guten Ausgang zu hoffen. Je stärker das mit der Vorstellung des Nebenerfolgs verbundene Unlnstgefühl ist, desto mehr wird der Täter dazu getrieben, sich die Gefahr klar vor Augen zu führen, desto schwerer ist also das Entstehen einer Hoffnung.

Wir erhalten also: Die Fähigkeit zu hoffen ist um so größer, je mehr der Wille dem Verstand überlegen ist, um so geringer, je höher der vorgestellte Möglichkeitsgrad und je stärker das Unlustgefühl ist.

c) Fassen wir nun die unter a und b gewonnenen Ergebnisse zusammen: Eine Hoffnung kommt um so schwerer zustande, je stärker das Individuum ist. Sie kommt um so leichter zustande, je mehr der Wille dem Verstand überlegen, d. h. je energischer, wagemutiger, leichtsinniger, übermütiger usw. der Mensch ist. Schließlich ist das Entstehen der Hoffnung noch abhängig von der Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrads und der Stärke des Gefühlstons. Näheres läßt sich aber über diese Abhängigkeit nicht aussagen, da mit der Zunahme einerseits des vorgestellten Möglichkeitsgrades, andererseits des Unlustgefühls zwar das Bedürfnis zu hoffen zunimmt, die Fähigkeit hierzu sich aber vermindert.

2. Entsprechendes ergibt sich für den Fall, daß der Täter einen nur als möglich vorgestellten Erfolg erstrebt und auf seinen Eintritt hofft.

Der Gedanke daran, daß der erwünschte Erfolg möglicherweise nicht eintritt, quält ihn, beunruhigt ihn. Hinzukommt, daß der Gedanke an die Möglichkeit des Eintritts des erstrebten Erfolges jenen beunruhigenden Gedanken durchkreuzt und dafür sorgt, daß der Täter zwischen

den Gedanken an die beiden Möglichkeiten hin und hergerissen wird. Auch dieser seelischen Spannung gegenüber verhalten sich die Menschen verschieden. Die einen haben die Kraft, sie voll und ganz zu erleben, sie nüchtern zu ertragen, die anderen helfen sich darüber hinweg, indem sie auf den Eintritt des erstrebten Erfolges hoffen.

Die Voraussetzungen für die Entstehung einer solchen Hoffnung sind dieselben wie oben (1). Einerseits muß beim Täter ein Bedürfnis vorhanden sein, sich über die seelische Spannung, die ihm die Vorstellung des möglichen Nichteintritts des erstrebten Erfolgs bereitet, durch Hoffen hinwegzusetzen, andererseits muß der Täter hierzu fähig sein.

Jeder dieser beiden Faktoren ist seinerseits abhängig von dem Charakter des Täters, von der Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrades und von der Stärke des mit der Vorstellung des erstrebten Erfolgs verbundenen Lustgefühls.

a) Je stärker das Individuum ist, desto geringer ist das Bedürfnis zu hoffen. Es ist andererseits um so größer, je mehr den Täter die seelische Spannung quält, d. h. je unwahrscheinlicher ihm der Eintritt des erstrebten Erfolges erscheint, und je stärker das mit seiner Vorstellung verbundene Lustgefühl ist.

b) Ob das Individuum fähig ist zu hoffen, ist auch zunächst wieder abhängig davon, inwieweit der Wille dem Verstande überlegen ist. Je energischer, je wagemutiger, leichtsinniger, übermütiger usw. das Individuum ist, desto fähiger ist es, trotz einer Vorstellung nur als möglich zu hoffen. Dagegen ist die Fähigkeit um so geringer, je unwahrscheinlicher dem Täter der Eintritt des erstrebten Erfolgs erscheint, und je stärker das mit der Vorstellung des erstrebten Erfolgs verbundene Lustgefühl ist, denn in diesem letzteren Fall wird der Täter, je größer das Lustgefühl ist, desto mehr dazu getrieben, sich die Gefahr des Nichteintritts des erstrebten Erfolgs klar vor Augen zu führen.

c) Wenn wir nun die unter a und b gewonnenen Ergebnisse zusammenfassen, so erhalten wir das Gleiche wie oben 1. c: Eine Hoffnung kommt um so schwerer zustande, je stärker das Individuum ist. Sie kommt um so leichter zustande, je mehr der Wille dem Verstand überlegen, d. h. je energischer, wagemutiger, leichtsinniger, übermütiger etc. der Mensch ist. Schließlich ist das Entstehen der Hoffnung noch abhängig von der Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrads und der Stärke des Gefühlstons.

3. Wir haben die Untersuchungen über die Voraussetzungen einer Hoffnung angestellt, um zu zeigen, daß vorgestellter Möglichkeitsgrad und Hoffnung außer dem Gefühlswert die einzigen Faktoren sind, von denen die Stärke der Triebkraft abhängig ist. Jede Charaktereigenschaft, wie persönliche Energie, Wagemut, Leichtsinn, Uebermut usw., die die Stärke der Triebkraft beeinflußt, aktualisiert sich im Augenblick der Handlung in der Hoffnung, und erst durch diese wird unmittelbar die Veränderung der Stärke der Triebkraft verursacht. In der Berücksichtigung des unmittelbaren Einflusses der Hoffnung auf die Stärke der Triebkraft ist also zugleich die Berücksichtigung des mittelbaren Einflusses jener Charaktereigenschaften auf die Stärke der Triebkraft enthalten. Indem wir Gefühlswert, vorgestellten Möglichkeitsgrad und Hoffnung in Rechnung ziehen, haben wir somit alle Faktoren berücksichtigt, von denen die Stärke der Triebkraft abhängig ist.

II. Daß dies richtig ist, soll noch an zwei Beispielen gezeigt werden.

1. Zwei Täter stellen sich vor, daß durch ihre Handlung außer dem erstrebten noch ein ihnen unerwünschter Erfolg eintreten kann. Bei beiden Tätern sei der Gefühlswert sowohl des erstrebten als auch des unerwünschten Erfolgs gleich. Beide stellen sich den Eintritt des erstrebten Erfolges als sicher, den des unerwünschten als

nur möglich, aber mit gleichem Möglichkeitsgrad vor. Beide hoffen in gleichem Maße auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolges. Es fragt sich nun, ob es hier sein kann, daß der eine handelt, während der andere die Handlung unterläßt. Wir glauben, die Frage kann nicht bejaht, sondern muß verneint werden. Entweder handeln beide, oder beide unterlassen die Handlung. Daraus ergibt sich aber, daß die Gegentriebkraft des Nebenerfolgs entweder immer größer oder immer kleiner ist als die Triebkraft des erstrebten Erfolges, daß also bei vorausgesetzter gleicher Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrades des Nebenerfolges und seines Gefühlswertes und gleicher Größe der Hoffnung auf seinen Nichteintritt auch die Gegentriebkraft gleich ist.

2. Zu einem entsprechenden Ergebnis führt das zweite Beispiel. Zwei Täter stellen sich vor, daß durch ihre Handlung außer dem erstrebten noch ein ihnen unerwünschter Erfolg eintreten kann. Bei beiden sei der Gefühlswert sowohl des erstrebten als auch des unerwünschten Erfolgs gleich. Beide stellen sich den Eintritt des unerwünschten Erfolgs als sicher, den des erstrebten als nur möglich, aber mit gleichem Möglichkeitsgrad vor. Beide hoffen in gleichem Maße auf den Eintritt des erstrebten Erfolgs. Auch hier ist die Frage, ob es sein kann, daß der eine handelt, während der andere die Handlung unterläßt, nach unserer Meinung zu verneinen. Entweder handeln beide, oder beide unterlassen die Handlung. Daraus ergibt sich aber, daß die Triebkraft des erstrebten Erfolges entweder immer größer oder immer kleiner als die Gegentriebkraft des Nebenerfolges ist, daß also bei vorausgesetzter gleicher Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrades des erstrebten Erfolges und seines Gefühlswertes und gleicher Größe der Hoffnung auf seinen Eintritt auch die Triebkraft des erstrebten Erfolges gleich ist.

3. Wenn wir nun die unter 1 und 2 gewonnenen Sätze zusammenfassen, so erhalten wir: Bei gleicher Höhe

des vorgestellten Möglichkeitsgrades und des Gefühlswertes und gleicher Größe der Hoffnung ist die Triebkraft gleich. Wir kommen also wiederum zu demselben Ergebnis wie unter I.

Außer Gefühlswert, vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Hoffnung gibt es keinen selbständig wirkenden Faktor, der die Triebkraft beeinflußt.

§ 11.

Aufstellung des psychologischen Gesetzes über die Abhängigkeit der Triebkraft von Gefühlswert, vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Hoffnung.

Versuchen wir nun die gefundenen Gesetzmäßigkeiten kurz zusammenzufassen.

1. Bezüglich des vorgestellten Möglichkeitsgrades haben wir in § 8 gefunden: Bei gleichem Gefühlswert und ceteris paribus nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades die Triebkraft zu. Bezüglich der Hoffnung müssen wir zwischen der auf den Eintritt des erstrebten Erfolgs und der auf den Nichteintritt des unerwünschten Nebenerfolgs unterscheiden. Für die erstere besteht folgende Gesetzmäßigkeit (§ 9,2): Bei gleichem Gefühlswert und Möglichkeitsgrad nimmt mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten Erfolges auch seine Triebkraft zu. Umgekehrt haben wir für die Hoffnung auf den Nichteintritt des unerwünschten Nebenerfolgs gefunden (§ 9,1): Bei gleichem Gefühlswert und Möglichkeitsgrad nimmt mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolges seine abhaltende Triebkraft ab. Schließlich haben wir festgestellt (§ 10), daß es außer Gefühlswert, vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Hoffnung keinen selbständig wirkenden Faktor gibt, der die Stärke der Triebkraft beeinflußt.

2. Auf dieser Grundlage ergeben sich uns folgende Sätze.

a) Bezüglich des erstrebten Erfolges: Bei gleichem Gefühlswert nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades und mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten Erfolges auch seine Triebkraft zu.

b) Bezüglich des unerwünschten Nebenerfolges: Bei gleichem Gefühlswert nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades die Triebkraft zu, während sie sich mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolges vermindert.

§ 12.
Der Wille.

In diesem Paragraphen soll die Frage beantwortet werden: Welche Folgen einer Handlung sind gewollt?

1. Unbestritten ist, daß die als wünschenswert erstrebten, also die lustbetonten Folgen, gewollt sind [1]). Sie sind gewollt, ohne Rücksicht auf den Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Fintritts, also auch, wenn sie als bloß möglich oder unwahrscheinlich vorgestellt wurden [2]).

2. Ebenso sind die als mit dem erstrebten Erfolg notwendig verbunden vorgestellten an sich unlustbetonten Folgen gewollt [3]). Daß ein an sich unlustbetontes Mittel gewollt ist, ist ohne weiteres klar. Ich will bei einem Kauf das Geld hingeben, obgleich mir sein Verlust höchst unangenehm ist. Aber auch die sonstigen als mit dem erstrebten Erfolg notwendig verbunden vorgestellten Nebenfolgen sind gewollt; denn es erscheint unmöglich, daß der erstrebte Erfolg gewollt wird, der Nebenerfolg aber nicht, da ja nach der Vorstellung des Täters der erstere nicht ohne den letzteren eintreten kann.

---

[1]) Sigwart S. 120, 139, 143; v. Hippel: Grenze S. 76 ff.

[2]) v. Hippel: Grenze S. 79; Thyrén S. 107; v. Bar: Gesetz S. 309.

[3]) v. Hippel: Grenze S. 82 ff.; v. Bar Z. St. W. 18 S. 536.

3. Anders liegt die Sache bei den nur als möglich vorgestellten unlustbetonten Nebenfolgen. Hier ist es nach der Vorstellung des Täters wohl möglich, daß der erstrebte ohne den unerwünschten Nebenerfolg eintritt. Es kann also weder die Vorstellung der notwendigen Verbindung beider Erfolge noch der Gefühlswert des Nebenerfolgs als Grund dafür angeführt werden, daß der nur als möglich vorgestellte unerwünschte Nebenerfolg gewollt sei.

Daß dies doch der Fall sein kann, versucht *v. Hippel* [1]) auf drei verschiedenen Wegen zu beweisen.

a) „Wenn es sich im Einzelfalle konstatieren läßt, daß eine als bloß möglich vorgestellte gleichgültige oder unangenehme Folge für den Willensentschluß des Täters dieselbe praktische Bedeutung gehabt hat, wie wenn die betreffende Folge als mit dem erstrebten notwendig verbunden vorgestellt wäre, dann muß die betreffende Folge mitgewollt sein“ [2]). Dieser Schluß ist ein Trugschluß. Daraus, daß a und b für c die gleiche praktische Bedeutung haben, folgt noch lange nicht, daß a = b ist. Daraus, daß eine als bloß möglich vorgestellte gleichgültige oder unangenehme Folge für den Willensentschluß des Täters dieselbe praktische Bedeutung gehabt hat wie eine als mit dem erstrebten Erfolg notwendig verbunden vorgestellte Folge, folgt noch lange nicht, daß beide Folgen gewollte Folgen sind.

b) Für seinen zweiten Beweis geht *v. Hippel* [3]) davon aus, daß das psychologische Kriterium, das uns berechtigt, in manchen Fällen einer Vorstellung als möglich ein Wollen, genauer ein Mitwollen, der dem Täter unangenehmen Folgen zu behaupten, darin bestehe, daß die Hoffnung auf den Nichteintritt des betreffenden Erfolges kein entscheidender Grund für die Vornahme der Handlung war. „Wenn die Hoffnung auf den Nichteintritt des betreffenden Erfolges in

[1]) Grenze S. 135 ff.
[2]) Grenze S. 135.
[3]) Grenze S. 136.

concreto kein entscheidendes Motiv der Tat ist, so kann die den Entschluß bestimmende Erwägung des Täters nur folgende sein: Ist der wünschenswerte Erfolg zusammen mit dem rechtswidrigen mir lieber als die gegenwärtige Sachlage?" Wenn der Täter diese Frage bejaht, habe er gehandelt unter dem Einfluß des einheitlichen Vorstellungskomplexes des erstrebten und des unerwünschten rechtswidrigen Erfolges. Der einheitlich gedachte Vorstellungskomplex könne daher nur wieder in toto gewollt oder nicht gewollt sein.

aa) Der erste Fehler dieser Aufführungen liegt in der Behauptung, daß, wenn die Hoffnung auf den Nichteintritt des betreffenden Erfolges in concreto kein entscheidendes Motiv der Tat ist, die den Entschluß bestimmende Erwägung des Täters nur folgende sein könne: Ist der wünschenswerte Erfolg zusammen mit dem rechtswidrigen, d. h. mit der Verletzung des fremden Rechtsguts mir lieber als die gegenwärtige Sachlage? Die Erwägung kann sehr wohl auch folgende sein: Ist der Eintritt des erstrebten Erfolges zusammen mit der Gefährdung des fremden Rechtsguts mir lieber als die gegenwärtige Sachlage?

bb) Der zweite Fehler liegt in der Folgerung, daß, weil der Täter unter dem Einfluß des einheitlichen Vorstellungskomplexes des erstrebten und des unerwünschten rechtswidrigen Erfolges gehandelt hat, dieser einheitliche Vorstellungskomplex nur wieder in toto gewollt oder nicht gewollt sein könne. Falls ein Täter wirklich einmal unter dem Einfluß des einheitlichen Vorstellungskomplexes handelt, so hat doch der erstrebte Erfolg einen anderen Einfluß auf die Willensbildung als der unerwünschte rechtswidrige, und zwar der erstrebte einen zum Handeln treibenden, der unerwünschte rechtwidrige einen vom Handeln abhaltenden. Der Schluß hieraus, daß immer nur beide Erfolge in toto gewollt oder nicht gewollt sein können, erscheint völlig ungerechtfertigt. Der unerwünschte rechtswidrige Erfolg ist eben nur dann mitgewollt, wenn der Täter sich ihn als mit dem erstrebten notwendig verbunden vorstellt.

c) Den dritten Beweis baut *v. Hippel* [1]) auf die Grundsätze vom Kausalzusammenhang auf. „Gewollt (Gegenstand des Willens) sind offenbar diejenigen Folgen der Tat, deren Vorstellung (in Verbindung mit den sich daran knüpfenden Gefühlen) den Willensentschluß verursachte". „Nicht hindernde Faktoren [2]) betrachten wir als kausal, wenn wir verständigerweise erwarteten, daß statt ihrer entsprechende andere Umstände hindernd eingreifen und dadurch ceteris paribus das Ausbleiben des uns interessierenden Erfolges herbeiführen würden. In Anwendung auf den Willensentschluß: Vorstellung gleichgültiger oder unerwünschter Folgen der Tat sind kausal, die betreffenden Folgen also gewollt, wenn wir erwarteten, daß statt ihrer entsprechende hindernde Vorstellungen Platz greifen und durch ihr Eingreifen ceteris paribus das Zustandekommen des Entschlusses vereiteln würden."

Der zweite dieser drei Sätze ist falsch. Sofern wir überhaupt eine Kausalität der Unterlassung anerkennen, betrachten wir nicht jene nicht hindernden Faktoren als kausal, sondern das Nichteingreifen dieser anderen Umstände, die das Ausbleiben des uns interessierenden Erfolges herbeiführen würden. In Anwendung auf den Willensentschluß: Nicht die Vorstellung eines unerwünschten Erfolges ist kausal für den Willensentschluß, sondern das Fehlen einer stärkeren gegenmotivierenden Kraft der Vorstellung dieses Erfolges, bei deren Vorhandensein der Willensentschluß nicht zustande gekommen wäre. Es ist also hier gar keine Vorstellung (in Verbindung mit den daran sich knüpfenden Gefühlen) für den Willensentschluß kausal geworden, und somit ist gemäß des ersten obigen Satzes ein als möglich vorgestellter Erfolg nicht gewollt.

d) Die *v. Hippelsche* Beweisführung ist also nicht gelungen, und somit stellen wir fest, daß bloß als möglich vorgestellte unerwünschte Folgen niemals gewollt sind [3]).

[1]) Grenze S. 137.
[2]) ebda. S. 139.
[3]) Sigwart S. 186 ff.

II. Teil: Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit.

A. Die bestehenden Theorien.

§ 13.

v. Bar- Liepmannsche Theorie.

v. Bar und *Liepmann* ziehen die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit bei der Grenze zwischen Handeln in Gewißheit und Handeln im Zweifel. Sie rechnen das gesamte Handeln im Zweifel zur bewußten Fahrlässigkeit und bekämpfen somit den Begriff des dolus eventualis.

1. Einige der Gründe, die Liepmann für seine Ansicht und damit gegen den Begriff des dolus eventualis vorbringt, sind nicht Gründe gegen diesen überhaupt, sondern gegen den Begriff des dolus eventualis, wie die positive Einwilligungstheorie ihn bestimmt und sollen daher erst bei Besprechung dieser Theorie behandelt werden.

a) *v. Bar* und *Liepmann* führen für ihre Meinung an, daß bei einer Vorstellung nur als möglich der Erfolg in solchen Fällen, die zum dolus eventualis gerechnet werden, niemals gewollt sei. Ein vorsätzlich herbeigeführter Erfolg müsse aber immer gewollt sein.

Daß der erste dieser Sätze richtig ist, wurde im vorigen Paragraphen gezeigt. Es fragt sich, wie es mit der Richtigkeit des zweiten steht.

v. Hippel (Grenze S. 12) sucht sie folgendermaßen nachzuweisen: „Wie das natürliche Empfinden des täglichen Lebens bei der Zurechnung als entscheidend betrachtet, ob jemand „mit Willen“ oder „aus Versehen“ gehandelt hat, so nimmt auch die in der Praxis und Wissenschaft des Strafrechts herrschende Auffassung an, daß nur das Gewollte vorsätzlich, das Nichtgewollte dagegen fahrlässig (bzw. zufällig) herbeigeführt ist.“

Der alleinige Hinweis auf das natürliche Empfinden des täglichen Lebens erscheint zur Beantwortung einer rein juristischen und noch dazu so grundlegenden Frage nicht ausreichend. Der Ausgangssatz der Willenstheorie, daß nur Gewolltes vorsätzlich herbeigeführt sei, muß daher mit *Großmann* (S. 79) und *Exner* (S. 127) als unbewiesen angesehen werden.

Somit kann der Umstand, daß bei einer Vorstellung nur als möglich der Erfolg in solchen Fällen, die zum dolus eventualis gerechnet werden, niemals gewollt sei, keinen Grund für die *v. Bar-Liepmannsche* Theorie abgeben.

b) *Liepmann* (S. 74f.) führt weiter an, daß die Fälle des dolus directus und des dolus eventualis in ihrer Schuldqualifizierung nicht gleichwertig seien, daß vielmehr eine deutliche Grenzlinie zwischen dolus directus und dolus eventualis bestehe. Beim Vorsatz treffe den Täter die Verantwortung dafür, daß er antisoziale Zwecke verwirklicht hat, bei der Fahrlässigkeit dagegen, daß seine sozialen Qualitäten nicht stark genug waren, um als Gegengewicht zu wirken und die Tat zu verhindern. Nur dieser letzte Vorwurf könne in den Fällen, die zum dolus eventualis gerechnet werden, erhoben werden, und daher seien diese der Fahrlässigkeit zuzurechnen.

Die Charakterisierung des Vorsatzes, daß hier der Täter antisoziale Zwecke verwirklicht habe, ist viel zu eng. Sie paßt nicht einmal für das Handeln in Gewißheit, das doch unbestritten zum dolus gehört. Man kann hier nicht sagen, daß der Täter diese Folge bezweckt, also einen antisozialen Zweck verwirklicht habe, sondern nur, wie bei der Fahrlässigkeit, daß seine sozialen Qualitäten nicht stark genug waren, um als Gegengewicht zu wirken und die Tat zu verhindern. *Liepmann* entgeht der Schwierigkeit dadurch, daß er über das Handeln in Gewißheit schweigt.

Wie die Charakterisierung des Vorsatzes zu eng ist,

so ist die der Fahrlässigkeit viel zu weit. Sie umfaßt nicht nur, wie eben bemerkt, das Handeln in Gewißheit, sondern sogar das Handeln in Absicht, also das ganze Gebiet des Vorsatzes; denn überall kann man hier dem Täter vorwerfen, daß seine sozialen Qualitäten nicht stark genug waren, um als Gegengewicht zu wirken und die Tat zu verhindern.

Aber noch nach einer anderen Seite hin ist *Liepmanns* Abgrenzung angreifbar. Er gibt selbst zu[1]), daß die Schuld der Fälle, die allgemein zum dolus eventualis gerechnet werden, nicht auf jeden Fall geringer ist als die vorsätzliche daß sie also in dieser Beziehung jener gleich sein kann, sondern er behauptet, daß sie eine anders geartete sei als die vorsätzliche. Er will also nach der verschiedenen Art des Vorwurfes, nicht nach seiner Stärke, die Grenze ziehen. Nach ihm wäre eine Fahrlässigkeit denkbar, die denselben Schuldgehalt hat wie der Vorsatz. Daß dieser Standpunkt mit dem Sinn des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen ist, zeigt die Tatsache, daß die vorsätzliche Tat schwerer strafbar ist als die im übrigen gleichgelagerte fahrlässige Tat, daß also der auf Vorsatz lautende Vorwurf schwerer ist als der auf Fahrlässigkeit lautende[2]).

Es ist *Liepmann* also nicht gelungen nachzuweisen, daß bezüglich der Schwere des Schuldvorwurfs eine deutliche Grenzlinie zwischen dolus directus und dolus eventualis bestehe.

2. Nachdem wir gesehen haben, daß die Gesichtspunkte, die für die Zurechnung des Handelns im Zweifel zur bewußten Fahrlässigkeit angeführt wurden, einer kritischen Untersuchung nicht standhalten, gehen wir jetzt zu den Gründen über, die gegen diese Ansicht vorgebracht werden.

[1]) S. 76 „Das ist aber in jedem Fall eine andersgeartete und meist geringere Schuld als die vorsätzliche, bei der . . . .“.

[2]) Vgl. § 2, 3.

a) Die Entstehungsgeschichte[1]) des dem Pr. StGB. (§ 44) nachgebildeten § 59 ergibt, daß der Gesetzgeber in keiner Weise den festen Boden der bisherigen Theorie und Praxis verlassen wollte, daß also die Fälle des dolus eventualis zum Vorsatz gerechnet werden sollten.

b) *Kadečka* (S. 614) führt für den dolus eventualis weiter an, daß zwischen der echten Fahrlässigkeit und dem eventuellen Vorsatz ein viel größerer Unterschied im Schuldgehalt bestehe als zwischen dem direkten und dem eventuellen Vorsatz. Daß diese Behauptung nicht richtig ist, wird sich aus den späteren Ausführungen in § 21 ergeben.

c) *Großmann* (S. 54) führt vom gesetzgeberischen Standpunkt aus für den dolus eventualis an, daß ohne ihn der für die leichtere Schuldform nötige Strafrahmen von einer Weite sein müßte, die, wenn irgend möglich, zu vermeiden ist. Daraus, daß im geltenden Recht die Strafrahmen der Fahrlässigkeitsdelikte keine derartige Weite haben, ist zu schließen, daß das Gesetz die Fälle des dolus eventualis zum Vorsatz gerechnet wissen will.

d) Kriminalpolitische Gründe für den dolus eventualis kommen noch hinzu.

aa) Will man den dolus eventualis als Vorsatzfall ablehnen, so wird man bei manchen Delikten des geltenden Rechts eine Lücke für strafwürdige Fälle fühlen, z. B. bei Unzuchtshandlungen, wenn der Täter bewußt auf die Gefahr hin handelt, das von ihm ausersehene Opfer sei noch 14, bezw. 16 Jahre alt, obwohl er dieses Alter nicht sicher kennt.[2])

Frank (§ 59, V) hält den dolus eventualis für notwendig, weil sich bei zunehmender Bildung und Erfahrung die Bestimmtheit des Urteils abschwäche. Eine Beschränkung des Vorsatzes auf die Fälle des dolus directus ist also bedenklich.[3])

[1]) Lucas: Verschuldung S. 37; Löffler: Schuldformen S. 264; v. Olshausen S. 350.

[2]) Köhler S. 118.

[3]) Kohlrausch S. 203, 204.

bb) Dieses Bedenken teilt allerdings *Liepmann* nicht (S. 79), weil Rechtsprechung und Gesetzgebung in Frankreich, Belgien, England, Spanien und Portugal den dolus eventualis nicht kennen. Diese Begründung *Liepmanns* erscheint nicht durchschlagend. Zwar ist in den genannten fünf Staaten der dolus eventualis im deutschen Sinn fast unbekannt, aber die mit dolus eventualis begangenen Handlungen bleiben nicht unbestraft, sondern gelangen in den weitaus meisten Fällen auf Grund anderer Vorschriften, die dem deutschen Recht unbekannt sind, zur Aburteilung, sodaß der dolus eventualis im deutschen Sinne in diesen Staaten anders als bei uns keine kriminalpolitische Notwendigkeit ist.

α) Nach dem französischen und belgischen Recht werden Folgen einer Handlung, bezüglich deren dolus eventualis im deutschen Sinne vorliegt, als vorsätzlich herbeigeführt angesehen, wenn der Täter mit direktem Vorsatz ein Delikt begeht, welches jene Folgen herbeiführt.[1]) Dolus eventualis kann nach diesen Rechten also nur vorliegen, wenn auch der erstrebte Erfolg ein rechtswidriger ist. Beide Rechte enthalten über diese Grundsätze noch hinausgehende Bestimmungen. Als Beispiel sei genannt Art. 518 des belgischen StGB.: „Hat der Brand Verletzungen eines oder mehrerer Menschen zur Folge, von denen der Brandstifter wußte, daß sie sich im Augenblick des Verbrechens oder Vergehens in den in Brand gesetzten Oertlichkeiten aufhielten, so ist der Schuldige zu bestrafen, als ob diese Verletzungen vorsätzlich verursacht worden wären und mit der hierfür gesetzlich vorgesehenen Strafe zu belegen, falls letztere Strafe schwerer ist als die wegen Brandstiftung verwirkte".

β) In Spanien und Portugal werden solche Folgen als vorsätzlich herbeigeführt angesehen, die verschieden von

---

[1]) v. Hippel V. D. A. Bd. III S. 380 f. 394. Garçon, Artikel I Nr. 90; Prins S. 181.

den gewollten sind, wenn die Herbeiführung der gewollten Folgen ein Delikt darstellen würde [1]).

γ) In Spanien wird der Vorsatz immer, in England in einigen Fällen, wie z. B. beim Beischlaf mit nicht 13jährigen Mädchen, präsumiert [2]). In Spanien ist dies eine widerlegbare Vermutung, in England sogar eine unwiderlegbare [3]).

δ) Mitunter bleiben auch Fälle, die bei uns zum dolus eventualis gerechnet werden, deswegen nicht unbestraft, weil schon die fahrlässige Begehung mit Strafe belegt ist. In Spanien ist die Fahrlässigkeit bei allen Verbrechen (delitos) im Gegensatz zur Uebertretung (faltas) strafbar [4]). Nach Art. 380 a des belgischen StGB. wird der, der die Sittlichkeit dadurch verletzt, daß er zur Befriedigung der Leidenschaften Dritter die Ausschweifung, Verführung oder Prostituierung eines Minderjährigen des einen oder anderen Geschlechts, dessen Minderjährigkeit er fahrlässigerweise nicht kennt, anregt, erleichtert oder begünstigt, mit Gefängnis bestraft.

ε) Fälle, wie der der Entscheidung RGE. 51, 167 gelangen in einigen der fünf Staaten deswegen zur Verurteilung, weil jede öffentliche Schamverletzung strafbar ist [5]), ein Vorsatz bezüglich des Aergernisgebens anders als im § 183 StGB. also nicht in Frage kommt.

Diese Ausführungen haben gezeigt, daß in den genannten fünf Staaten das Fehlen des dolus eventualis im deutschen Sinne deswegen nicht bedenklich ist, weil die mit dolus eventualis begangene Handlungen in den weitaus meisten Fällen auf Grund anderer Vorschriften, die dem

[1]) Art. I Abs. 3 spanisches StGB. Art 29 Nr. 6 und § 3 portugies. StGB.

[2]) Art. I Abs. 2 span. StGB. Schuster S. 628.

[3]) Rosenfeld S. 504; v. Hippel V. D. A. III S. 445; Schuster S. 628.

[4]) v. Hippel V. D. A. III S. 446.

[5]) Art. 330 französisches StGB.; Art. 385 belgisches StGB.; Art. 390 portugiesisches StGB.

deutschen Recht unbekannt sind, zur Aburteilung gelangen. Besonders die häufigen Fälle der Sittlichkeitsdelikte an Minderjährigen, bei denen der Täter über das Alter nicht im klaren ist, kommen auf Grund mannigfaltiger anderer Vorschriften zur Bestrafung. Somit ist der Einwand *Liepmanns* gegen die kriminalpolitische Notwendigkeit des dolus eventualis in Deutschland hinfällig.

3. Die für die Ansicht *Liepmanns* und *v. Bars* vorgebrachten Gründe wurden zurückgewiesen (1). Dafür, daß die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nicht mit der Grenze zwischen Handeln im Zweifel und Handeln in Gewißheit zusammenfällt, sprechen die Entstehungsgeschichte (2a) des § 59 StGB. und die des § 44 Pr. StGB., die Enge der Strafrahmen für die Fahrlässigkeitsdelikte (2 c) und kriminalpolitische Gründe (2 d).

§ 14.
Hypothetische Einwilligungstheorie.

Die hypothetische Einwilligungstheorie macht die Entscheidung, ob beim Handeln im Zweifel Vorsatz oder bewußte Fahrlässigkeit vorliegt, von einem hypothetischen Urteil abhängig: Kommt man zu dem Ergebnis, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist der Vorsatz zu bejahen; kommt man zu dem Ergebnis, daß er bei bestimmter Kenntnis die Handlung unterlassen hätte, so ist der Vorsatz zu verneinen (erste *Frank*sche Formel)[1]. Nach der *v. Hippelschen* Variante[2] ist Vorsatz zu bejahen, wenn der Täter auch bei Annahme sicherer Verbindung des rechtswidrigen Nebenerfolges mit dem erstrebten ceteris paribus ebenso gehandelt hätte. Bewußte Fahrlässigkeit ist dagegen anzunehmen, wenn die Hoffnung auf das Ausbleiben des rechtswidrigen Erfolges von entscheidender Bedeutung für die Handlung war.

1. Die hypothetische Einwilligungstheorie scheitert von

[1]) Frank, Komm. § 59 V.

[2]) v. Hippel: Grenze S. 140; V. D. A. III S. 509; Z. St. W. 31. S. 562.

vornherein an der Beurteilung der Fälle, in denen der Täter den rechtswidrigen als möglich vorgestellten Erfolg und den erstrebten als einander ausschließend betrachtet. Zwei in der Literatur angeführte Beispiele sollen dies verdeutlichen.

Einem Burschen [1]) wird Geld für den Fall versprochen, daß er einem Schießbudenfräulein eine Glaskugel aus der Hand schießt, ohne es zu verletzen. Er weiß, daß er schlecht schießt, und sagt sich: Mit größter Wahrscheinlichkeit werde ich das Mädchen verletzen; dann verdufte ich; treffe ich aber die Glaskugel, so soll mir das Geld ein guter Fang sein. Er schießt und trifft das Mädchen. — Russische Bettler [2]) haben Kinder für ihre Bettelzwecke verstümmelt; das Experiment hat mehrmals den Tod des betreffenden Kindes zur Folge gehabt; sie wiederholen es trotzdem, und wieder stirbt das Kind.

Der Bursche hätte nicht geschossen, wenn er mit Bestimmtheit gewußt hätte, daß er das Schießbudenfräulein verletzen würde; denn in diesem Fall bliebe ja der Zweck seines Handelns unerreicht. — Die Bettler hätten das Kind nicht verstümmelt, wenn sie mit Bestimmtheit gewußt hätten, daß es daran sterben würde; denn in diesem Fall bliebe ja der Zweck ihres Handelns, das Kind zum Betteln zu benutzen, unerreicht.

Die Schuld kann in diesen Fällen noch so groß sein, nach der ersten *Frankschen* Formel kann immer nur Fahrlässigkeit angenommen werden; denn der Täter hätte ja nicht gehandelt, wenn er den rechtswidrigen Erfolg als sicher eintretend vorausgesehen hätte. In den Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, kommt also die erste *Franksche* Formel oft zu einem falschen Ergebnis [3]).

Noch schlimmer steht es mit der *v. Hippelschen*

[1]) Lacmann S. 159; Großmann S. 78.
[2]) Löffler Oe. Z. II S. 145; Großmann S. 78.
[3]) Lacmann S. 160; Großmann S. 77/78.

Variante. Sie kommt zu gar keinem Ergebnis; denn die Frage, ob der Täter auch bei Annahme sicherer Verbindung dieses Erfolges mit dem erstrebten ceteris paribus ebenso gehandelt hätte, kann hier nicht beantwortet werden, da sich ja der Täter gerade die beiden Erfolge als einander ausschließend vorstellt.

2. Wenn wir nun versuchen, einen psychologischen Tatbestand zu finden, auf Grund dessen wir die Frage, ob der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, beantworten können, oder anders ausgedrückt, wenn wir versuchen, diese Frage ins Psychologische zu übersetzen, so ergeben sich drei Möglichkeiten. Die Frage könnte lauten: a) Würde der Gefühlswert des Nebenerfolges, wenn der Täter ihn als gewiß eintretend angesehen hätte, so groß gewesen sein, daß seine Wirksamkeit, also die Gegentriebkraft, die Triebkraft des erstrebten Erfolges überwunden hätte? (Bei Bejahung Fahrlässigkeit, bei Verneinung Vorsatz)[1]). Oder b): War dem Täter der Eintritt des Nebenerfolges immerhin lieber als der Verzicht auf seine Interessen? (Bei Bejahung Vorsatz, bei Verneinung Fahrlässigkeit)[2]). Oder c): War der negative Gefühlswert des Nebenerfolges so groß, daß er, wenn er unvermindert gewirkt hätte (was ja bei Voraussicht als sicher der Fall ist), die Triebkraft des erstrebten Erfolges überwunden hätte? (Bei Bejahung Fahrlässigkeit, bei Verneinung Vorsatz)[3]).

a) Für die Beurteilung der ersten Formulierung ist folgendes in Betracht zu ziehen. Die Höhe des Gefühlswertes ist abhängig von der Höhe des Möglichkeitsgrades. Bei einer größeren vorgestellten Möglichkeit wächst regelmäßig zugleich die Ueberlegung des Handelnden; und diese kann entweder dazu führen, daß der Erfolg nun als minder

[1]) Thyrén S. 88; v. Hippel: Grenze S. 115 Anm. 1.

[2]) v. Hippel: Grenze S. 140; V. D. A. III S. 509; Z. St. W. 31 S. 562.

[3]) Thyrén S. 88; v. Hippel Grenze S. 115 Anm. 1, S. 141; Exner S. 129; ähnlich auch Finger JW. 1928 S. 803.

unerwünscht erscheint, indem er angenehme Seiten desselben entdeckt, welche er vorher nicht in Betracht gezogen hatte, oder umgekehrt dazu, daß ihm der Erfolg als noch unerwünschter erscheint, indem er unangenehme Seiten desselben entdeckt. Eine Gesetzmäßigkeit läßt sich in dieser Richtung nicht feststellen. Der Einfluß des Möglichkeitsgrades auf den Gefühlswert ist zwar ein bedeutender, aber ganz regelloser. Die Frage, welcher Gefühlswert bei vorgestellter Gewißheit des Erfolges vorhanden gewesen wäre, kann daher nicht beantwortet werden. Somit ist die erste Formulierung für eine Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit unbrauchbar[1]).

b) Ebenso steht es mit der zweiten Formulierung: War dem Täter der Eintritt des Nebenerfolgs immerhin lieber als der Verzicht auf seine Interessen? Diese Formulierung nimmt Bezug auf den Charakter, die Gesinnung, auf die im Täter ruhende Wertung, auf seine dauernde Gefühlsrichtung[2]). Ob sich aber diese im Täter ruhende Gefühlsrichtung im Augenblick der Handlung als ein wirklich vorhandener Gefühlswert von gleicher Stärke aktualisiert, ist von Faktoren abhängig, die unserer Berechnung unzugänglich sind. Es kommt ja häufig vor, daß ein Mensch eine Handlung begeht, die vollständig aus seinem Charakter herausfällt. Wenn man festgestellt hat, daß dem Täter der Eintritt des Nebenerfolges immerhin lieber war als der Verzicht auf seine Interessen, so ist der Schluß daraus, daß er auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, völlig unberechtigt. Ebenso auch umgekehrt, wenn man festgestellt hat, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so ist der Schluß daraus, daß ihm der Eintritt des Nebenerfolges immerhin lieber war als der Ver-

[1]) Vgl. zu den ganzen Ausführungen unter a) Thyrén S. 80 ff.; v. Hippel: Grenze S. 114 f.

[2]) v. Hippel selbst denkt allerdings bei dieser Formulierung nicht an eine dauernde Gefühlsrichtung, sondern an einen aktuellen Gefühlswert im Sinne von c). Vgl. Grenze S. 118, S. 141.

zicht auf seine Interessen, ebenfalls völlig unberechtigt. Aus diesem Grunde ist auch die zweite Formulierung als unbrauchbar anzusehen.

c) Es bleibt die dritte Formulierung: War der negative Gefühlswert des Nebenerfolgs so groß, daß er, wenn er unvermindert gewirkt hätte (was ja bei Voraussicht als sicher der Fall ist), die Triebkraft des erstrebten Erfolges überwunden hätte? Diese Formulierung ist außer in dem unter 1 angeführten Fall, daß der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, brauchbar. Denn zu dem Urteil, daß der Täter bei bestimmter Kenntnis ceteris paribus nicht gehandelt hätte, kann man eben nur kommen, wenn der negative Gefühlswert des rechtswidrigen Nebenerfolges größer ist als die Triebkraft des erstrebten Erfolges.

3. Der schwerwiegendste Einwand gegenüber der hypothetischen Einwilligungstheorie ist der, daß sie gegen das Tatprinzip des geltenden Rechtes verstößt.[1])

a) Wir hatten festgestellt, daß die erste Formulierung deswegen unbrauchbar ist, weil die Abhängigkeit des Gefühlswerts vom vorgestellten Möglichkeitsgrad eine ganz regellose ist und sich somit gar nicht sagen läßt, wie groß der Gefühlswert bei bestimmter Kenntnis sein würde. Will man trotzdem zu einem einigermaßen richtigen Urteil gelangen, so geht das nur, indem man das Gebiet der Tat verläßt und den Charakter des Täters der Beurteilung zugrunde legt. Hiermit verstößt man aber gegen den im § 6, 3a aus dem Tatprinzip des geltenden Rechts hergeleiteten Satz, daß der Charakter, die Gesinnung des Täters, für die Abgrenzung nur insoweit in Frage kommen kann, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden ist, als sie in der Tat hervortritt.

Nach der ersten Formulierung würde nicht die Tat, sondern der Täter gestraft werden.[2])

---

[1]) Vgl. § 6 und Mezger S. 253.

[2]) Coenders S. 306; Löffler Oe. Z. II S. 154; Großmann S. 75, 87, 89, 90; Binding, Normen II S. 283.

b) Genau den gleichen Einwand hat die zweite Formulierung gegen sich. Nach ihr ist das abgrenzende Merkmal ja gerade die Gesinnung des Täters ohne Rücksicht darauf, ob sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden ist, ob sie in der Handlung hervortritt. Nach ihr würde ebenfalls der Täter und nicht die Tat bestraft werden.

c) Die dritte Formulierung stellt ab auf das Verhältnis der Triebkraft des erstrebten Erfolges zu dem Gefühlswert des rechtswidrigen Nebenerfolges. Sie verstößt damit gegen den in § 6, 3b aus dem Tatprinzip des geltenden Rechtes hergeleiteten Satz: Vor und bei der Tat aktuelle seelische Erscheinungen kommen für die Abgrenzung nur insoweit in Frage, als sie durch den Willensimpuls für die Handlung kausal geworden sind. Die Triebkraft des erstrebten Erfolges ist nur insoweit durch den Willensimpuls für die Handlung kausal geworden, als sie notwendig war, um die Gegentriebkraft des Nebenerfolgs zu überwinden und so das Zustandekommen einer Handlung zu ermöglichen. Die Berücksichtigung einer tatsächlich größeren Stärke der Triebkraft stellt also gegen jenen Satz einen Vorstoß dar.

Somit ist nachgewiesen, daß die hypothetische Einwilligungstheorie, gleichgültig, welchen der drei psychischen Tatbestände man für maßgebend betrachtet, gegen das Tatprinzip des geltenden Rechtes verstößt.

4. Ein weiterer Einwand gegen die hypothetische Einwilligungstheorie ist die Beweisschwierigkeit, die sich bei Anwendung dieser Theorie ergibt.[1]) Daß für die ersten beiden Formulierungen eine präzise Antwort der Frage, ob der Täter bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, unmöglich ist, wurde oben unter 2 a und b schon festgestellt. Aber auch, wenn man die dritte Formulierung zugrunde legt, kann die Frage in den meisten Fällen kaum beantwortet werden. Die Feststellung der Höhe von Gefühlswerten und Triebkräften, also von psychischen

[1]) Großmann S. 87, 88: Löffler Oe. Z. II S. 155.

Erscheinungen des Begehrungslebens des Täters ist für den Richter mit Schwierigkeiten verbunden, die er, will er nur einigermaßen gründlich und genau arbeiten, nur in den seltensten Fällen zu überwinden vermag.

v. Hippel[1]) dürfte diese Schwierigkeit unterschätzen: „Können und müssen wir aber regelmäßig feststellen, daß der Täter ohne die Hoffnung auf den Eintritt bestimmter Folgen nicht gehandelt hätte, dann ist offenbar auch die entsprechende Feststellung nicht unüberwindlich schwierig, daß er ohne die Hoffnung auf das Ausbleiben anderer Folgen ebenfalls nicht tätig geworden wäre." Die Feststellung der Absicht, der Ziele, die dem Täter vorgeschwebt haben, stößt gewiß auch hier und da auf Schwierigkeiten, aber die ungeheure Erleichterung gegenüber dem Beweisthema der hypothetischen Einwilligungstheorie ist, daß es sich um das handelt, was zur Tat treibt und daher meist der Handlung selbst unmittelbar entnommen werden kann. Der Richter, der dem Angeklagten sagen kann: „Welche anderen Zwecke willst du denn mit deiner Handlung sonst verfolgt haben" ist in wesentlich anderer Lage als der, der feststellen soll, ob der Täter auch ohne die Hoffnung auf den guten Ausgang gehandelt haben würde[2]). So stellt also die Beweisschwierigkeit einen weiteren Einwand gegen die hypothetische Einwilligungstheorie dar.

5. Ein letzter Einwand, freilich nur gegen die *v. Hippelsche* Variante, ist der, daß diese uns im folgenden Fall vollständig im Stich läßt: Der Gefühlswert des Nebenerfolgs ist höher als die Triebkraft des erstrebten Erfolges. Dadurch, daß der Täter sich den Nebenerfolg nur als möglich vorstellt, wird die Gegentriebkraft des Nebenerfolgs unter die Triebkraft des erstrebten Erfolgs herabgemindert. Durch die Hoffnung auf den Nichteintritt des Nebenerfolgs findet eine weitere Herabminderung der Triebkraft statt. Nach der *v. Hippelschen* Variante liegt kein Vorsatz vor;

[1]) Grenze S. 123.
[2]) Großmann S. 88.

denn der Gefühlswert des Nebenerfolgs ist ja höher als der des erstrebten Erfolges. Bewußte Fahrlässigkeit ist aber auch nicht gegeben; denn auch ohne die Hoffnung wäre die Handlung zustande gekommen; die Hoffnung war also nicht entscheidend.

Es gibt somit Fälle, die mit der *v. Hippelschen* Variante nicht zu lösen sind. Dies hat seinen Grund darin, daß bei der *v. Hippelschen* Variante die Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad keine Berücksichtigung findet.

6. Schließlich sei noch gezeigt, daß die Begründungen, die *Frank* und *v. Hippel* der hypothetischen Einwilligungstheorie geben, einer Kritik nicht standhalten.

a) *Frank*, der diese Theorie mit seinem Aufsatz „Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre“ [1]) zu Ansehen gebracht hat, geht aus von zwei Beispielen. Ein Bandit schießt, um die Tragweite seiner Büchse zu erproben, auf einen Menschen (S. 209). — Ein Mensch raucht im Bett, obgleich er an die Möglichkeit eines Brandes denkt (S. 210).

Hierzu führt *Frank* (S. 211) aus: „Ich glaube, es liegt auf der Hand, der Bandit würde geschossen haben, auch wenn er gewußt hätte, daß der Tod eintreten würde; der Raucher hätte die Zigarre gelöscht, wenn er gewußt hätte, daß ein Funke in das Bett fallen und das Haus in Brand stecken würde. Die Voraussicht des Erfolges als eines möglichen erfüllt den Begriff des Vorsatzes nur dann, wenn die Voraussicht desselben als eines gewissen den Handelnden nicht abgehalten, nicht die Bedeutung eines ausschlaggebenden kontrastierenden Motivs gehabt hätte“.

Abgesehen davon, daß die Ableitung der hypothetischen Einwilligungstheorie aus den beiden Beispielen eine völlig unzureichende Begründung der Theorie darstellt, ist das erste Beispiel als höchst ungeeignet anzusehen. Einmal handelt es sich bei ihm gar nicht um den Fall des Handelns im

[1]) Z. St. W. 10 S. 169 ff.

Zweifel, für das doch eine Grenze gefunden werden soll, sondern um den des Handelns in Absicht, und dann ist der Glaube *Franks* bezüglich dieses Beispiels falsch. Hätte der Bandit gewußt, daß er den Menschen treffen würde, so würde er nicht geschossen haben, denn dann wußte er ja, was zu erfahren der Zweck seines Handelns war [1]).

b) Im Gegensatz zu *Frank* versucht *v. Hippel* in sehr scharfsinnigen Ausführungen die Richtigkeit der hypothetischen Einwilligungstheorie nachzuweisen [2]).

aa) Soweit er hierbei vom Willensbegriff ausgeht, ist auf das in den vorhergehenden Paragraphen Ausgeführte zu verweisen.

In § 13, 1 a haben wir den Ausgangssatz der Willenstheorie, daß nur Gewolltes vorsätzlich herbeigeführt sei, als unbewiesen abgelehnt. In § 12,3 haben wir festgestellt, daß bloß als möglich vorgestellte gleichgültige oder unerwünschte Folgen niemals gewollt sind.

bb) Gegenüber der Behauptung *v. Hippels*, daß er seine Ergebnisse auf Grund konsequenter Durchführung der Willenstheorie gewonnen habe (S. 141), ist darauf hinzuweisen, daß er vielfach auf die Ausführungen *Thyréns* über Gefühlswert und Triebkraft aufbaut [3]). Bezeichnend ist auch die ganze Anordnung der *v. Hippelschen* Arbeit. Nachdem er im zweiten Buch unter I und II festgestellt hat, daß die als wünschenswert erstrebten und die mit diesen als notwendig verbunden vorgestellten Folgen der Tat gewollt sind, untersucht er unter III nicht etwa sofort, ob und wann bloß als möglich vorgestellte gleichgültige oder unerwünschte Folgen der Tat gewollt sind, sondern reinigt unter der Ueberschrift „dolus eventualis" nach einer Betrachtung

---

[1]) Ebenso Großmann S. 77.
[2]) Grenze S. 136; V. D. A. III S. 505.
[3]) Grenze S. 114, 116, 118, 119, 141.

der herrschenden Lehre und ihrer Gegner in § 1 zunächst in § 2 auf Grund der Kritik *Thyréns* die erste *Franksche* Formel von ihren Schlacken, um nach einer Besprechung der Untersuchungen *M. E. Mayers* in § 3 in § 4 festzustellen, daß bloß als möglich vorgestellte gleichgültige oder unerwünschte Folgen dann gewollt sind, wenn der Täter auch bei Annahme sicherer Verbindung des rechtswidrigen Nebenerfolges mit dem erstrebten ceteris paribus ebenso gehandelt hätte, d. h. wenn die gereinigte *Franksche* Formel Vorsatz ergibt. Die Methode ist klar: v. Hippel hat nicht den Vorsatzbegriff dem Willensbegriff, sondern den Willensbegriff seinem Vorsatzbegriff angepaßt.

cc) Unabhängig von dem Willensbegriff sucht *v. Hippel* seiner Theorie eine weitere Begründung zu geben [1]). Er geht davon aus, daß beim direkten Vorsatz dem Täter Egoismus, bei der unbewußten Fahrlässigkeit Leichtsinn vorzuwerfen sei und meint, was für diese gilt, müsse auch für den eventuellen Vorsatz und die bewußte Fahrlässigkeit gelten: dolus eventualis dann, wenn dem Täter Egoismus, bewußte Fahrlässigkeit, wenn ihm nur Leichtsinn vorzuwerfen ist.

Der Täter hat mit einem Mädchen eine unzüchtige Handlung vorgenommen mit der Vorstellung, daß das Mädchen möglicherweise noch nicht 14 Jahre alt war. War das Egoismus oder Leichtsinn? Mann kann dem Täter hier sowohl das eine als auch das andere vorwerfen. Die Fälle, wo dem Täter Egoismus, und die, wo ihm Leichtsinn vorzuwerfen ist, liegen also nicht nebeneinander, sondern überkreuzen sich, und somit ist auch diese Begründung der *v. Hippelschen* Theorie unhaltbar [2]).

7. Die von *Frank* und *v. Hippel* für die hypothetische Einwilligungstheorie angeführten Gründe (6) wurden zurückgewiesen. Gegen diese Theorie spricht, daß sie bei den Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen und den

[1]) Grenze S 141; V. D. A. III S. 509.

[2]) Löffler Oe. Z. II. S. 149; Liepmann S. 74; Großmann S. 83, 84.

erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, immer Fahrlässigkeit annehmen muß (1), daß sie gegen das Tatprinzip des geltenden Rechtes verstößt (3), und daß sich bei ihr erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben (4). Gegen die *v. Hippelsche* Variante insbesondere spricht außerdem, daß es Fälle gibt, die mit ihr nicht zu lösen sind (5), unter ihnen wiederum auch die, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet.

§ 15.
Positive Einwilligungstheorie.

I. Die positive Einwilligungstheorie verlegt das Urteil darüber, ob der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, von der Seele des Richters in die des Täters. Damit Vorsatz angenommen werden kann, muß nicht der Richter zu dem Urteil gekommen sein, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, sondern dieser muß sich gesagt haben: „Auch wenn ich mit Bestimmtheit wüßte, daß der rechtswidrige Erfolg eintritt, würde ich handeln". Dieser psychische Vorgang wird als einverstanden sein, einwilligen, billigen usw. bezeichnet [1]).

1. Ebenso wie die hypothetische scheitert auch die positive Einwilligungstheorie von vornherein an der Beurteilung der Fälle, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet [2]). Der Bursche kann sich niemals sagen: „Auch

[1]) Oppenhoff-Delius S. 163; Finger, Lb. S. 259; Schwartz § 59, 8; M. E. Mayer: Schuldhafte Handlg. S. 178; Meyer-Allfeld S. 172/73; Beling: Unschuld S. 36; v. Olsh. S. 31 II. Hierhin gehört auch die zweite Franksche Formel (Komm. § 59 V): „Sagt sich der Täter, mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich, so ist sein Verschulden ein vorsätzliches". Außer von Frank wird die Einwilligung kaum näher definiert; die meisten der hier angeführten Schriftsteller könnte man also mit demselben Recht als Vertreter der unter II behandelten Köhlerschen Variante ansprechen.

[2]) Vgl. zum Folgenden die beiden Beispiele in § 14,1.

wenn ich mit Bestimmtheit wüßte, daß ich nicht die Glaskugel, sondern die Hand des Schießbudenfräuleins treffen würde, würde ich schießen". Denn das Treffen der Glaskugel war ja der alleinige unmittelbare Zweck seines Handelns. Wenn er mit Bestimmtheit wüßte, daß dieser Zweck nicht erreicht würde, würde er eben nicht schießen. Ebenso können sich die russischen Bettler nicht sagen: „Auch wenn wir mit Bestimmtheit wüßten, daß das Kind ebenso wie die anderen daran sterben würden, würden wir die Verstümmelung vornehmen". Denn durch den Tod des Kindes würde ja der Zweck der Verstümmelung, es zu Bettelzwecken benutzen zu können, unerreicht bleiben.

Das Verschulden des Täters kann in diesen Fällen noch so groß sein, nach der positiven Einwilligungstheorie muß immer Fahrlässigkeit angenommen werden. In den Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, kommt also die positive Einwilligungstheorie oft zu einem falschen Ergebnis.

2. Ebenso wie die hypothetische verstößt auch die positive Einwilligungstheorie gegen den Grundsatz, daß psychische Erscheinungen für die Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nur insoweit in Frage kommen können, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden sind.[1]) Die Tat kommt dadurch zustande, daß die Triebkraft des erstrebten Erfolges die Gegentriebkraft des rechtswidrigen Nebenerfolges überwiegt. Der Umstand, daß der Täter sich sagt, er würde auch handeln, wenn er mit Bestimmtheit wüßte, daß der rechtswidrige Nebenerfolg eintritt, also das Einverstandensein spielt hierbei keine Rolle. Das Einverstandensein ist ein reines Internum, von dem das Zustandekommen der Handlung vollständig unabhängig ist[2]).

---

[1]) Vgl. § 6, 3.

[2]) Einen Einfluß auf die Handlung kann höchstens die dem Einverstandensein zugrunde liegende Ueberlegung haben, indem durch

Ein Brandstifter, der schon öfter um der Erreichung seiner Ziele willen fremdes Menschenleben vernichtet hat, hält es für unwahrscheinlich, aber immerhin möglich, daß beim Brand ein Mensch ums Leben kommt. Er sagt sich: „Auch wenn ich genau wüßte, daß ein Mensch dabei ums Leben kommt, würde ich handeln". Seine Tat ist nach der positiven Einwilligungstheorie vorsätzliche Tötung. Er hätte ganz ebenso gehandelt, auch wenn er nicht zu jenem Urteil gelangt wäre, wenn kein Einverstandensein vorgelegen hätte. Dieses ist also nicht kausal für die Handlung geworden.

Somit verstößt die positive Einwilligungstheorie ebenso wie die hypothetische gegen den Grundsatz, daß psychische Erscheinungen für die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nur insoweit in Frage kommen können, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden sind. Sie verstößt hiermit gegen das Tatprinzip des geltenden Rechtes, aus dem wir ja jenen Satz abgeleitet hatten.

3. Ein weiterer Einwand gegen die positive Einwilligungstheorie ergibt sich aus den §§ 211, 212 StGB.

a) Der Begriff der Ueberlegung ist es, der für unsere Frage eine Rolle spielt. Was unter Ueberlegung i. S. der §§ 211, 212 zu verstehen ist, ist stark bestritten. Als dem Wortsinn und der ratio legis nicht gerecht werdend, ist die heute kaum noch vertretene Theorie abzulehnen, die unter Ueberlegung das Abwägen der verschiedenen möglichen Mittel (die praktisch intellektuelle Ueberlegung) begreift. Es bleiben noch folgende drei Ansichten: Ueberlegung ist diejenige geistige Beschaffenheit des Täters, bei der er sich

---

sie der Gefühlswert des erstrebten oder des rechtswidrigen Erfolges verändert wird. Vgl. § 14, 2 a. Einerseits ist der Einfluß der Ueberlegung auf die Höhe des Gefühlswertes ein ganz regelloser, andererseits hat jede Ueberlegung diesen Einfluß; zwischen Einverstandensein und Höhe des Gefühlswertes besteht also keine kausale Beziehung.

der zum Handeln treibenden und der vom Handeln abhaltenden Motive bewußt ist (voluntaristische Ueberlegung) [1]).

Ueberlegung ist diejenige geistige Beschaffenheit des Täters, bei der er sich der zum Handeln treibenden und der vom Handeln abhaltenden Motive u n d der verschiedenen zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges möglichen Mittel bewußt ist (kumulatives Vorliegen der voluntaristischen und der praktisch intellektuellen Ueberlegung) [2]).

Ueberlegung ist diejenige geistige Beschaffenheit des Täters, bei der er sich der zum Handeln treibenden und der vom Handeln abhaltenden Motive o d e r der verschiedenen zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges möglichen Mittel bewußt ist (alternatives Vorliegen der voluntaristischen und der praktisch intellektuellen Ueberlegung) [3]).

Eine Stellungnahme innerhalb dieser drei Theorien ist für unsere Zwecke nicht notwendig. Für uns kommt es lediglich darauf an, festzustellen, daß das Bewußtsein der zum Handeln treibenden und der vom Handeln abhaltenden Motive, also die voluntaristische Ueberlegung, entweder die Überlegung i. S. der §§ 211, 212 oder zum mindesten ein Bestandteil dieses Begriffes ist.

b) Wenn wir uns nun fragen, was es bedeutet, wenn der Täter sich sagt: „Auch wenn ich mit Gewißheit wüßte, daß der rechtswidrige Erfolg eintritt, würde ich handeln", ergibt sich als einzige Antwort: Es bedeutet, daß der Täter zu dem Urteil gelangt ist, daß sogar bei einer bestimmten Kenntnis die Triebkraft des erstrebten Erfolges größer sein würde als die Gegentriebkraft des rechtswidrigen Nebenerfolges. Dieses Urteil setzt aber voraus, daß sich der Täter sowohl der zum Handeln treibenden Kraft der Vorstellung des erstrebten Erfolges als auch der vom Handeln abhaltenden Kraft der Vorstellung des rechts-

[1]) Wachenfeld: Die Ueberlegung S. 14; Die Tötungsdelikte S. 417; Lb. S. 305; Frank: Komm. § 211 I 2; Meyer-Allfeld S. 331.

[2]) RGE. 42 S. 262; v. Liszt-Schm. S. 465.

[3]) Gerland S. 557.

widrigen Nebenerfolges bewußt ist. Dies ist, da es nicht darauf ankommt, daß möglichst viele Gegenvorstellungen mit in Rechnung gezogen werden [1]), nun aber nichts anderes als die voluntaristische Ueberlegung. Dem Täter ist das zum Handeln treibende Motiv, der Eintritt des erstrebten Erfolges, ebenso wie das vom Handeln abhaltende Motiv, der Eintritt des rechtswidrigen Nebenerfolges, bewußt. Somit kommen wir zu dem Ergebnis: Das Einverstandensein setzt eine voluntaristische Ueberlegung voraus.

c) Die positive Einwilligungstheorie verlangt also zum dolus eventualis mit dem Einverstandensein eine voluntaristische Ueberlegung. Da diese voluntaristische Ueberlegung entweder die Ueberlegung i. S. der §§ 211, 212 oder zum mindesten ein Bestandteil diese Begriffes ist, ergibt sich aus diesen beiden Vorschriften, daß die voluntaristische Ueberlegung gerade nicht zum Vorsatz gehört. Somit haben wir festgestellt, daß die §§ 211 und 212 gegen die positive Einwilligungstheorie sprechen [2]).

4. Der schwerwiegendste Einwand gegen die positive Einwilligungstheorie ist nun aber der, daß sie ebenso wie die *v. Bar-Liepmannsche* Theorie [3]) den kriminalpolitischen Notwendigkeiten nicht gerecht wird.

Nur in den allerseltensten Fällen sagt sich der Täter: „Ich würde auch dann handeln, wenn ich mit Bestimmtheit wüßte, daß der rechtswidrige Erfolg eintritt". Nur in den allerseltensten Fällen liegt also nach der positiven Einwilligungstheorie Vorsatz vor. Es würden also oft strafwürdige Fälle unbestraft bleiben, z. B. Unzuchtshandlungen, wenn der Täter bewußt auf die Gefahr hin handelt, das von ihm ausersehene Opfer sei noch nicht 14 bzw.

---

[1]) Wachenfeld: Die Ueberlegung S. 14.

[2]) Freilich, wenn man die Ueberlegung der §§ 211, 212 enger, als es im Text geschehen ist, definiert, könnte man diesem Einwand entgehen.

[3]) Vgl. § 13, 2 d.

nicht 16 Jahre alt, obwohl er dieses Alter nicht sicher kennt. Eine Beschränkung des dolus eventualis auf die seltenen Fälle des Einverstandenseins ist also kriminalpolitisch bedenklich.

5. Schließlich spricht noch gegen die positive Einwilligungstheorie die Beweisschwierigkeit, die sich bei Anwendung dieser Theorie ergibt [1]).

Hier steht es sogar noch schlimmer als bei der hypothetischen Einwilligungstheorie. Für die Beantwortung der Frage, ob die Triebkraft des erstrebten Erfolges größer war als der Gefühlswert des rechtswidrigen Nebenerfolges, hat der Richter immerhin einen Anhalt im Charakter des Täters. Für die Beantwortung der Frage, ob sich der Täter dieser Sachlage in seiner eigenen Psyche bewußt geworden ist, bietet der Charakter des Täters nur in den seltensten Fällen einen Anhaltspunkt. Bezüglich der Beweisschwierigkeit steht es also mit der positiven Einwilligungstheorie beinahe noch schlimmer als mit der hypothetischen.

6. Zusammenfassend ist über die positive Einwilligungstheorie zu sagen: Abgesehen davon, daß keiner ihrer Vertreter eine Begründung gibt, spricht gegen sie, daß sie bei den Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, immer Fahrlässigkeit annehmen muß (1), daß sie gegen das Tatprinzip des geltenden Rechts verstößt (2), daß das Einverstandensein eine voluntaristische Ueberlegung voraussetzt, die nach den §§ 211, 212 gerade nicht zum Vorsatz gehört (3), daß sie den kriminalpolitischen Notwendigkeiten nicht gerecht wird (4) und daß sich bei ihr erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben (5).

II. Als Variante der positiven Einwilligungstheorie ist die Ansicht *Köhlers* [2]) aufzufassen. Nach ihm liegt beim

---

[1]) Liepmann: Reform S. 76; Quentin S. 62; Großmann S. 73.
[2]) G. S. 96 S. 114.

Einverstandensein eine bejahende Wertung der Erfolgsmöglichkeit vor; hat der Täter eine solche bejahende Wertung des vorgestellten Erfolgs seiner Willensbetätigung vorgenommen, so sei damit dieses Wissen von der Möglichkeit auch Bestandteil seines Urhebergefühls (Urheberwillens) geworden.

Fragen wir uns nun, was wir unter der bejahenden Wertung der Erfolgsmöglichkeit zu verstehen haben. Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß in der Wertung der Erfolgsmöglichkeit eine voluntaristische Ueberlegung liegt. Bejahend ist die Wertung ausgefallen, wenn der Täter sich auf Grund dieser Ueberlegung sagt: „Obgleich ich mir darüber klar bin, daß meine Tat mit Notwendigkeit eine Gefahr für ein fremdes Rechtsgut nach sich zieht, handle ich".

Die Mängel dieser *Köhlerschen* Variante der positiven Einwilligungstheorie liegen klar zutage.

1. Sie verlangt zum Vorsatz das Vorliegen einer voluntaristischen Ueberlegung, die nach den §§ 211, 212 StGB. gerade nicht Bestandteil dieses Begriffes ist.[1])

2. Kausal für die Handlung kann die Ueberlegung werden, indem durch sie der Gefühlswert des erstrebten oder des rechtswidrigen Erfolgs verändert wird.[2]) Der Einfluß der Ueberlegung auf die Höhe des Gefühlswertes ist aber ein ganz regelloser. Es wird also nur verhältnismäßig selten vorkommen, daß ohne die Ueberlegung die Gegentriebkraft des rechtswidrigen Nebenerfolgs stärker war als die Triebkraft des erstrebten Erfolges, und daß erst durch die Ueberlegung dieses Verhältnis umgekehrt wurde, sodaß eine Handlung zustande kommen konnte. Nur in diesen seltenen Fällen ist die Ueberlegung kausal für die Handlung geworden. Somit verstößt auch die *Köhlersche* Variante gegen den Grundsatz, daß psychische

[1]) Vgl. I, 3.
[2]) Vgl. § 14, 2 a.

Erscheinungen für die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nur insoweit in Frage kommen können, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden sind, und damit gegen das Tatprinzip des geltenden Rechts, aus dem wir ja jenen Satz abgeleitet hatten.

3. Schließlich ist gegen die *Köhlersche* Variante der positiven Einwilligungstheorie noch einzuwenden, daß sie ebenso wie die *Hausersche* Theorie gegen den Grundsatz des Gesetzes verstößt, daß der auf Vorsatz lautende Vorwurf immer schwerer ist als der auf Fahrlässigkeit lautende.[1])

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal die dort angeführten Beispiele. Ein guter Schütze will, um seine Kunst zu zeigen, einem Mädchen eine Glaskugel aus der Hand schießen, ohne es zu verletzen. Da er weiß, daß er ein guter Schütze ist, hält er eine Verletzung des Mädchens für höchst unwahrscheinlich. Er verletzt das Mädchen an der Hand. — Ein Mensch will in der Dämmerung in einem Stadtpark probieren, ob sein Revolver noch funktioniert. Er schießt auf ein dichtes Gebüsch, ohne an die Möglichkeit zu denken, daß durch die Kugel ein Mensch getroffen werden könnte. Tatsächlich wird ein hinter dem Gebüsch auf einer Bank sitzendes Mädchen an der Hand verletzt.

Auch wenn der erste Schütze auf Grund einer Ueberlegung sich gesagt hat: „Obgleich ich mir darüber klar bin, daß meine Tat mit Notwendigkeit eine gewisse Gefahr für das Mädchen nach sich zieht, handle ich," kann man nicht behaupten, daß seine Schuld auf jeden Fall größer sei als die des zweiten Schützen. Es gibt also Fälle, die nach der *Köhlerschen* Variante zum Vorsatz gerechnet werden müßten, die aber keinen schwereren Schuldvorwurf verdienen als Fälle der unbewußten Fahrlässigkeit.

Die *Köhlersche* Variante verstößt somit gegen den Grundsatz der Schuldstufung.

4. Wir haben als Einwände gegen die Köhlersche

[1]) Vgl. § 2, 3 c.

Variante der positiven Einwilligungstheorie festgestellt, daß sie zum Vorsatz das Vorliegen einer voluntaristischen Ueberlegung verlangt, die nach §§ 211, 212 StGB. gerade nicht Bestandteil dieses Begriffes ist (1), daß sie einerseits gegen das Tatprinzip des geltenden Rechts (2), andererseits gegen den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Schuldstufung verstößt (3), indem sie Fälle zum Vorsatz rechnen muß, die keinen größeren Schuldgehalt haben als Fälle der unbewußten Fahrlässigkeit.

§ 16.
Wahrscheinlichkeitstheorie.

Haben wir im bisherigen die Theorien betrachtet, die das Wollen (*v. Bar-Liepmannsche* Theorie), die Gesinnung oder den Gefühlswert (hypothetische Einwilligungstheorie[1]), das Einverstandensein (positive Einwilligungstheorie) als abgrenzendes Merkmal für maßgebend erachten, so wollen wir hier zu der Theoriengruppe Stellung nehmen, die für die Abgrenzung das Vorstellungsmoment in den Vordergrund rückt. Eine Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges ist sowohl bei Vorsatz als auch bei bewußter Fahrlässigkeit gegeben. Das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein dieser Vorstellung kann also für die Grenzziehung nicht in Frage kommen. Es bleibt somit, will man allein das Vorstellungsmoment maßgebend sein lassen, nur der vorgestellte Möglichkeitsgrad als abgrenzendes Merkmal übrig.

I. Da nur das Vorstellungsmoment berücksichtigt wird, so muß sowohl innerhalb des Handelns im Zweifel als auch innerhalb des Handelns in Absicht nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad getrennt werden. Ganz rein ist diese Ansicht selten vertreten. Eine Variante ist *Kohlers*[1]) Ansicht, nach der bei einem lustbetonten Erfolg ein geringerer Möglichkeitsgrad genügt als bei einem unlustbetonten. Damit Vorsatz angenommen werden kann, verlangt er beim Handeln in Absicht die Vorstellung als warscheinlich, beim Handeln im Zweifel die Vorstellung als sehr wahrscheinlich.

[1]) Studien S. 70 f.; Goltd. Arch. 56 S. 291.

Ein Beispiel möge die Unhaltbarkeit der *Kohlerschen* Theorie sowie überhaupt der Ansicht, die die Grenze allein nach dem Möglichkeitsgrad ziehen will, belegen: Ein schlechter Schütze schießt aus Rache, da sich ihm keine bessere Gelegenheit bietet, in weiter Entfernung bei stürmischem Wetter mit einer schlechten Büchse auf seinen vorbeifahrenden Rival, indem er sich sagt: „Es ist zwar nicht wahrscheinlich, daß ich ihn treffe, aber vielleicht habe ich Glück". Er trifft ihn. Diesen Mann nur wegen fahrlässiger Tötung strafen zu wollen, erscheint ausgeschlossen. Seine Tat ist Mord bzw. Totschlag; sie ist ebenso strafwürdig, ebenso schuldhaft wie die eines anderen, der das Gelingen des Schusses voraussieht.

Die besprochene Ansichten scheitern also von vornhein daran, daß sie einen Teil des Handelns in Absicht zur Fahrlässigkeit rechnen müssen [1]), der zweifellos zum Gebiet des Vorsatzes gehört.

II. Diesem Einwand unterliegt nicht die Theorie, die das gesamte Handeln in Absicht zum Vorsatz rechnet und nur innerhalb des Handelns im Zweifel nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad abgrenzt. Innerhalb des letzteren wird das Handeln mit vorgestellter Wahrscheinlichkeit zum Vorsatz, das mit bloß vorgestellter Möglichkeit zur Fahrlässigkeit gerechnet. Dies ist die moderne, besonders von *Großmann* vertretene Wahrscheinlichkeitstheorie. [2])

1. Untersuchen wir zunächst die Gründe, die für diese Theorie vorgebracht werden.

a) *Großmann* geht bei der Ableitung des Wahrscheinlichkeitsgedankens von vier Prämissen aus: 1. Schuld ist Nichtachtung des Rechtsguts im Verhältnis zu den Zielen des Täters (S. 6, 13, 14). 2. Lust- und Unlustgefühle sind aktuell gewordene Wertung (S. 3). 3. Die Nichtachtung des Rechtsguts kann der Erwägung über die vorliegende

[1]) Thyrén S. 139; v. Hippel: Grenze S. 48 f.

[2]) Weitere Vertreter dieser Theorie sind Bünger S. 339 f.; Busch S. 43; Lucas Z. St. W. 31 S. 556.

Schuldform nur insoweit zugrunde gelegt werden, als sie in der Tat zum Ausdruck kommt (S. 13 f.). 4. Die Wirksamkeit des Gefühlswerts ist um so größer, je höher der vorgestellte Möglichkeitsgrad ist und umgekehrt (S. 33, 34).

Aus diesen vier Prämissen zieht er dann folgenden Schluß (S. 35, 36): Je größer der vorgestellte Möglichkeitsgrad, desto geringer das Unlustgefühl des rechtswidrigen Nebenerfolges, desto größer die sich in der Tat ausdrückende Nichtachtung des Rechtsgutes im Verhältnis zu den Zielen des Täters, desto größer also die Schuld.

Die erste Prämisse, daß Schuld Nichtachtung des Rechtsgutes im Verhältnis zu den Zielen des Täters ist, entspricht ungefähr dem unserer Arbeit im § 2, 3b zugrunde gelegten Satz.

Daß Lust und Unlust nichts als aktuell gewordene Wertung sind, haben wir im § 7 II festgestellt.

Die dritte Prämisse, daß die Nichtachtung des Rechtsgutes der Erwägung über die vorliegende Schuldform nur insoweit zugrunde gelegt werden kann, als sie in der Tat zum Ausdruck kommt, entspricht dem von uns im § 6, 3 aus dem Tatprinzip des geltenden Rechts abgeleiteten Satz, daß seelische Erscheinungen für die Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nur insoweit in Frage kommen können, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden sind, als sie in der Tat hervortreten.

Die vierte Prämisse stellt das im § 8 behandelte Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad dar.

Da wir für die Entwicklung unseres Standpunktes die gleichen vier Prämissen zugrunde legen, so soll, um eine doppelte Darstellung zu vermeiden, hier auf ein Eingehen der Fehler der *Großmannschen* Ableitung verzichtet werden. Bei der Entwicklung unseres Standpunktes werden wir in Anmerkungen jedesmal auf die *Großmannschen* Fehler hinweisen.[1])

[1]) Vgl. § 21, I Anmerkungen 113, 114.

b) Weiter führt *Großmann* (S. 37) für die Richtigkeit der Wahrscheinlichkeitstheorie das Rechtsgefühl des natürlichen und mit zünftigem Dogmenstreit nicht belasteten Menschen an. Zwei Menschen zünden ein Haus an; beide sehen die Möglichkeit voraus, daß dabei ein Mensch umkommt; beiden ist dies unerwünscht, jedenfalls nicht beabsichtigt. Der eine sieht die Gefahr infolge genauerer Kenntnis der Sachlage größer an als der andere. Ist ihre Schuld die gleiche, bzw. wessen Schuld ist die größere? *Großmann* meint, daß sich als Antwort dabei immer ergebe, daß das Gefühl diese Frage ganz allgemein und mit großer Bestimmtheit im Sinne des Wahrscheinlichkeitsgedankens entscheidet und diese Entscheidung als absolut selbstverständlich ansieht.

Diese Ansicht *Großmanns* ist richtig; jedoch gibt es Fälle, wo das Rechtsgefühl nicht im Sinne des Wahrscheinlichkeitsgedankens entscheidet.

aa) Zwei Leute zünden ein Haus an; beide sehen die Möglichkeit voraus, daß dabei ein Mensch umkommt, beiden ist dies unerwünscht. Beide sehen die Gefahr gleich groß an, aber während der eine das Risiko in aller Ruhe auf sich nimmt, hofft der andere darauf, daß alle Bewohner sich werden retten können.

Sollte das Rechtsgefühl des natürlichen und mit zünftigen Dogmenstreit nicht belasteten Menschen hier auch im Sinne des Wahrscheinlichkeitsgedankens entscheiden und beide Fälle für gleich schuldhaft halten? Wir glauben dies nicht. Das Rechtsgefühl sagt vielmehr, daß im ersten Fall die Schuld schwerer ist als im zweiten.

Die Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges mindert eben die Schuld. Da hierauf die Wahrscheinlichkeitstheorie keine Rücksicht nehmen kann, stellt diese Tatsache einen Einwand gegen sie dar. [1])

bb) Zwei Leute legen eine Lunte an ein Haus, um dieses dadurch in Brand zu setzen; beide sehen die Mög-

[1]) Thyrén S. 140.

lichkeit voraus, daß dabei ein Mensch umkommt; beiden ist dies unerwünscht. Beide sehen die Gefahr, daß ein Mensch ums Leben kommt, gleichgroß, aber als ziemlich gering (z. B. 18% Wahrscheinlichkeit) an. Der Unterschied der beiden Fälle liegt allein im folgenden: Der erste Täter sieht die Möglichkeit, daß er sein Ziel, den Brand des Hauses, erreicht, als ziemlich gering (z. B. 20% Wahrscheinlichkeit) an; er sagt sich aber: „Wenn das Haus in Brand tritt, so kommt höchstwahrscheinlich (z. B. 90% Wahrscheinlichkeit) auch ein Mensch dabei um" (Wahrscheinlichkeit des Brandes 20%, Möglichkeitsrelation des Todes eines Menschen zum Brand 90%. Wahrscheinlichkeit des Todes eines Menschen $0{,}20 \times 0{,}90 = 0{,}18$, also 18%).

Der zweite Täter sieht den Brand als notwendig eintretend an; er hält zwar für möglich, aber für ziemlich unwahrscheinlich (Wahrscheinlichkeit eben 18%), daß er den Tod eines Menschen zur Folge haben wird.

Sollte das Rechtsgefühl des natürlichen und mit zünftigen Dogmenstreit nicht belasteten Menschen hier auch im Sinne des Wahrscheinlichkeitsgedankens entscheiden und beide Fälle für gleich schuldhaft halten? Wir glauben dies nicht.

Freilich ist die Entscheidung hier nicht ganz so leicht wie oben. Machen wir uns klar: Der Brand ist in beiden Fällen beabsichtigt, also mit direktem Vorsatz herbeigeführt. Der erste Täter sagt sich, daß der von ihm beabsichtigte Brand höchstwahrscheinlich den Tod eines Menschen zur Folge hat. Der zweite Brandstifter dagegen sagt sich, daß der von ihm beabsichtigte Brand möglicherweise den Tod eines Menschen zur Folge hat, sieht dies aber als unwahrscheinlich an. Nach dem Rechtsgefühl ist im ersten Fall die Schuld schwerer als im zweiten.

Hieraus ergibt sich, daß mitunter nicht der vorgestellte totale Möglichkeitsgrad, sondern die Möglichkeitsrelation eine Rolle spielt. Je größer in diesen Fällen die Möglich-

keitsrelation ist, desto höher die Schuld. Da hierauf die Wahrscheinlichkeitstheorie keine Rücksicht nehmen kann, stellt diese Tatsache einen Einwand gegen sie dar.[1],[2])

cc) Das Rechtsgefühl ergibt also, daß zwar grundsätzlich die Schuld sich nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad abstuft, daß sie sich aber auch bei dem Vorliegen einer Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges mindert, und daß sie sich schließlich in solchen Fällen, wo der Täter den erstrebten Erfolg auch nur als möglich voraussieht, nicht nach dem totalen Möglichkeitsgrad, sondern nach der vorgestellten Möglichkeitsrelation zu dem erstrebten Erfolg abstuft.

c) Schließlich weist *Großmann* (S. 53) darauf hin, daß der Einwand der Beweisschwierigkeit im Gegensatz zu den Einwilligungstheorien der Wahrscheinlichkeitstheorie gegenüber nie erhoben wurde. Der Beweis des Grades der Wahrscheinlichkeit, mit der der Angeklagte den rechtswidrigen Erfolg vorausgesehen hat, mache nicht sehr viel größere Schwierigkeiten als der des Vorhersehens an sich.

Daß dies richtig ist, zeigt die Praxis der unteren Gerichte, die immer wieder für die Bejahung des dolus eventualis die vorgestellte Wahrscheinlichkeit zugrunde legen.[3]) Daß dies, um einer Aufhebung des Urteils in der Revisionsinstanz zu entgehen, in den meisten Fällen mehr oder weniger verschleiert geschieht, ist für die hier erörterte Frage der Beweisschwierigkeit ohne Belang. Somit sind

---

[1]) Ebenso Thyrén S. 140.

[2]) Den Fall, daß die vorgestellte Möglichkeitsrelation = 100% ist, daß der Täter also den Eintritt des rechtswidrigen und des erstrebten Erfolges als miteinander notwendig verbunden betrachtet, berücksichtigt allerdings Großmann, indem er ihn, freilich ohne jegliche Begründung, zum Handeln in Gewißheit und damit zum Vorsatz rechnet.

[3]) RGE. 10, S. 337; 33, 4; 55, 204; Großmann S. 94; Lucas Z. St. W. 31, S. 557.

die Ausführungen *Großmanns* bezüglich dieses Punktes als richtig anzusehen.

2. Gehen wir nun zu den Einwänden über, die gegen diese Theorie erhoben wurden, soweit wir sie nicht schon in den bisherigen Ausführungen erörtert haben.

a) Soweit auf den Willensbegriff Bezug genommen wird, indem man behauptet, daß das als wahrscheinlich Vorgestellte nicht notwendig gewollt sei,[1]) ist auf das in den §§ 12, 13 Ausgeführte zu verweisen. In § 13, 1 a haben wir den Ausgangssatz der Willenstheorie, daß nur Gewolltes vorsätzlich herbeigeführt sei, als unbewiesen abgelehnt. In § 12, 3 haben wir festgestellt, daß bloß als möglich vorgestellte gleichgültige oder unerwünschte Folgen niemals gewollt sind.

b) Abgesehen hiervon werden einzelne Beispiele angeführt, die die materielle Unrichtigkeit der Wahrscheinlichkeitstheorie nachweisen sollen. Der tollkühne Lebensretter, der Bergsteiger oder Schillersche Taucher liegen außerhalb des Strafrechts. Außer diesen wird auf folgende Tatbestände hingewiesen: Der Arzt führt eine Operation im Bewußtsein ihrer hohen Gefährlichkeit durch, da sie ihm als das einzige Mittel erscheint, durch das der Patient überhaupt noch gerettet werden könne. Der Patient stirbt an den Folgen.[2]) Oder jemand sieht seinen Freund angegriffen und schießt zur Abwehr, obwohl er sich klar ist, wie leicht er dabei den Freund tötlich treffen kann, und wirklich wird der Freund getötet.[3])

aa) *Lucas* und *Exner* erklären die Handlung des Arztes deswegen für straflos, weil die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei. *Lucas* leitet den Ausschluß der Rechtswidrigkeit aus einem Berufsrecht des Arztes her, *Exner* aus dem Gesichtspunkt des richtigen Mittels zum richtigen

[1]) Beling: Unschuld S. 62. 63; Binding: G. S. 77, S. 32.

[2]) Kohler: Goltd. Arch. Bd. 56, S. 292; v. Hippel: Z. St. W. 31, S. 562; Großmann S. 51; Lucas: Z. St. W. 31, S. 557; Exner S 193.

[3]) Großmann a. a. O.; v. Hippel a. a. O.

Zweck. Dem können wir nicht zustimmen. Weder hat der Arzt, falls man überhaupt ein Berufsrecht anerkennt, das Recht, einen Menschen zu töten, noch ist die Tötung das rechte Mittel für die Heilung. Nicht rechtswidrig wäre höchstens die mit körperlichen Eingriffen verbundene Heilung, nicht aber die Tötung.

bb) *Großmann* meint, daß es in diesen Fällen mit Rücksicht auf die Motive der Tat an der Schuld fehle. Hiermit widerspricht er selbst seinen eigenen auf S. 8 gemachten Ausführungen: „Es hätte keinen Sinn gehabt, hier (gemeint ist § 54) so verklausuliert die Interessen zu bestimmen, zu deren Rettung an sich strafbare Handlungen begangen werden dürfen, wenn das Gesetz ganz allgemein dem Richter das Recht zugestehen würde, eine mit Strafe bedrohte Handlung für straflos zu erklären, wenn er sie im Hinblick auf die Motive des Täters für gerechtfertigt hält". Trotz dieses Widerspruchs in Großmanns Ausführungen scheint uns doch sein Grundgedanke der richtige zu sein.

cc) Die Einwilligungstheorien verneinen in beiden Beispielen den Vorsatz; also ist das psychologische Merkmal der bewußten Fahrlässigkeit gegeben.

Bewußte Fahrlässigkeit ist aber trotzdem zu verneinen, weil das normative Merkmal fehlt. Wer sich nun auf den Standpunkt s ellt, daß dem Vorsatz ebenso wie der bewußten Fahrlässigkeit das normative Merkmal eignet, muß selbst als Vertreter der Wahrscheinlichkeitstheorie wegen Fehlens desselben zu einer Verneinung des Vorsatzes kommen. Es handelt sich in beiden Beispielen gar nicht um die Frage der unteren Grenze des Vorsatzes, sondern darum, ob dem Vorsatz das normative Merkmal eignet oder nicht. Die beiden Beispiele stellen also keinen Einwand gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie, sondern höchstens einen gegen die Ansicht dar, die den Vorsatz sich in dem psychologischen Merkmal erschöpfen lassen will.

Wenn das Gesagte richtig ist, so muß es einerseits

einen Grund haben, daß die Einwilligungstheorien, auch wenn sie den Vorsatz sich in dem psychologischen Merkmal erschöpfen lassen, in den beiden Beispielen zu einem befriedigenden Ergebnis kommen; andererseits müssen sich Beispiele finden lassen, wo sich die Einwilligungstheorien der gleichen Sachlage gegenübersehen wie hier die Wahrscheinlichkeitstheorie.

Die erste Frage löst sich leicht. Es handelt sich in beiden Beispielen um Fälle, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet. Wir haben als Mangel sowohl der hypothetischen (§ 14,1) als auch der positiven Einwilligungstheorie (§ 15,1) festgestellt, daß sie in diesen Fällen immer Fahrlässigkeit annehmen müssen.

Wenn wir die Sachlage klarlegen wollen, müssen wir also Beispiele bilden, bei denen dieser Mangel der Einwilligungstheorien keine Rolle spielt. Zum Beispiel jemand sieht seinen Freund angegriffen und schießt zur Abwehr, obwohl er sich klar ist, wie leicht er den Freund verletzen kann, und wirklich wird der Freund verletzt. Hier kann es sein, daß der Täter auch gehandelt hätte, wenn er die Verletzung des Freundes als sicher angesehen hätte. Ebenso ist es möglich, daß der Täter sich sagt: „Auch wenn ich genau wüßte, daß mein Freund dabei verletzt würde, würde ich ihn doch retten". Die Einwilligungstheorien können also zur Bejahung des psychologischen Merkmals des Vorsatzes kommen. In diesem Falle sehen sie sich der gleichen Sachlage gegenüber wie oben die Wahrscheinlichkeitstheorie. — Ein anderes Beispiel wäre der berühmte Leinenfängerfall der RGE. 30, 25, wenn man ihn mit *Freudenthal* (S. 16) nach dem dolus eventualis hin verschiebt.

Auch hier ist die Frage, ob Vorsatz anzunehmen ist, allein davon abhängig, ob dem Vorsatz das normative Merkmal eignet oder nicht. Eine Stellungnahme innerhalb der dolus-eventualis-Theorien würde auch hier keine abweichende Entscheidung geben.

Jetzt sehen wir klar. Die oben angeführten beiden Beispiele sind Fälle des Handelns im Zweifel, bei denen das normative Merkmal nicht gegeben ist. Sie unterscheiden sich von den von uns gegebenen Beispielen allein dadurch, daß in ihnen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet. Gerade diese Eigenschaft ist es aber, die die Einwilligungstheorien zu einem befriedigenden Ergebnis kommen, die daher die beiden Beispiele als Einwände gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie erscheinen läßt.

Wählen wir Beispiele des Handelns im Zweifel, die diese Eigenschaft nicht haben, wo also der oben [1]) gerügte Mangel der Einwilligungstheorien keine Rolle spielt, so sehen sich diese Theorien der gleichen Sachlage gegenüber wie in den beiden obigen Beispielen die Wahrscheinlichkeitstheorie. Diese stellen also keinen Einwand gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie, sondern höchstens einen gegen die Ansicht dar, die den Vorsatz sich in dem psychologischen Merkmal erschöpfen lassen will.

c) Als weiteren Einwand gegen die materielle Richtigkeit der Wahrscheinlichkeitstheorie führt *v. Hippel* an [2]): „Es ist durchaus einseitig und daher unrichtig, die Bedeutung des vorgestellten Erfolges für die Schuld des Täters nur nach dem Möglichkeitsgrad des Eintritts unter Ignorierung des Gefühlswertes bestimmen zu wollen, den der Erfolg an sich für den Täter hat".

Diese Kritik geht zu weit. Sie übersieht, daß vorgestellter Möglichkeitsgrad und Wirksamkeit des Gefühlswertes in einer engen Beziehung zueinander stehen (Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad) [3]). Freilich, wenn man, wie *v. Hippel* es tut [4]), die Höhe der Schuld von der Höhe des Gefühlswerts abhängig machen will, ist die

---

[1]) §§ 14,1; 15,1.
[2]) V. D. A. III S. 519 Anm. 6; Z. St. W. 31 S. 562.
[3]) Vgl. § 8.
[4]) Grenze S. 118.

Berücksichtigung des Möglichkeitsgrades allein nicht genügend. Die Berücksichtigung einer etwaigen Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges und damit des Gesetzes von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch Hoffnung [1]) muß noch hinzukommen. Insoweit ist also *v. Hippels* Kritik gerechtfertigt.

d) Schließlich ist gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie eingewendet worden, daß solche rein quantitative Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit in höchstem Maße unbestimmt ist und daher in weitem Umfang dem persönlichen Gefühl des Richters überläßt, darüber zu entscheiden, ob Wahrscheinlichkeit vorliegt oder nicht [2]).

Für die kritische Betrachtung des von Einwilligungstheoretikern erhobenen Einwandes sind zwei Fragen zu beantworten. aa) Nehmen die Einwilligungstheorien wirklich eine qualitative Abgrenzung vor? bb) Gibt es nicht auch sonst im Strafrecht Grenzen rein quantitativer Natur?

aa) Vorsatz ist gegeben nach der hypothetischen Einwilligungstheorie, wenn der Richter zu dem Urteil kommt: Der Täter würde auch bei einer Vorstellung als gewiß gehandelt haben, nach der positiven Einwilligungstheorie, wenn der Täter sich sagt: Ich würde auch bei einer Vorstellung als gewiß handeln. Wenn der Richter zu dem Urteil kommt, der Täter hätte bei einer Vorstellung als gewiß zwar nicht, aber bei einer als höchstwahrscheinlich gehandelt, so liegt nach der hypothetischen Einwilligungstheorie Fahrlässigkeit vor; ebenso nach der positiven, wenn der Täter sich sagt: Ich würde bei einer Vorstellung als gewiß zwar nicht, aber doch dann handeln, wenn ich eine, wenn auch noch so geringe Chance sähe, daß der rechtswidrige Erfolg nicht eintritt; wenn mir also der Eintritt des rechtswidrigen Erfolges als höchstwahrscheinlich erschiene.

[1]) Vgl. § 9.

[2]) Binding G. S. 77 S. 33; P. Merkel J. W. 1925 S. 957.

Beide Theorien arbeiten mit der Vorstellung als gewiß. Zwischen der Vorstellung als gewiß und der als wahrscheinlich besteht nun aber derselbe rein quantitative Unterschied wie zwischen der Vorstellung als wahrscheinlich und der als nur möglich. Das Abgrenzungsmerkmal der Einwilligungstheorien enthält also das gleiche quantitative Moment wie das der Wahrscheinlichkeitstheorie [1]).

bb) Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, daß es auch sonst im Strafrecht Grenzen gibt, die rein quantitativer Natur sind [2]). Wo läuft die Grenze zwischen „erwiesen" und „nicht erwiesen", zwischen Vorhersehbarkeit des rechtswidrigen Erfolges und Nichtvorhersehbarkeit, zwischen zulässiger Notwehr und Notwehrüberschreitung, zwischen Handeln aus Not und ohne Not? Alles Grenzen rein quantitativer Art, mit der die Strafrechtspflege auskommt, ohne daß sie mit der Forderung nach qualitativer Abgrenzung kritisiert und abgelehnt werden.

Somit kann also der Umstand, daß die Wahrscheinlichkeitstheorie nach einem rein quantitativen Merkmal abgrenzt, keinen Grund gegen diese Theorie abgeben.

3. Wir erhalten als Ergebnis unserer Untersuchung: Das Rechtsgefühl ergibt, daß zwar grundsätzlich die Schuld sich nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad abstuft, daß sie sich aber auch bei dem Vorliegen einer Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges mindert, und daß sie sich schließlich in solchen Fällen, wo der Täter den erstrebten Erfolg auch nur als möglich voraussieht, nicht nach dem totalen Möglichkeitsgrad, sondern nach der vorgestellten Möglichkeitsrelation zu dem erstrebten Erfolg abstuft (1 b). Für die Wahrscheinlichkeitstheorie spricht, daß sich bei ihr im Gegensatz zu den Einwilligungstheorien keine größeren Beweisschwierigkeiten ergeben (1 c). Gegen sie spricht, daß sie das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch Hoffnung unberücksichtigt läßt (2 c).

[1]) Exner S. 131/132 Anm. 2.

[2]) Großmann S. 54.

§ 17.
Hoffnungstheorie.

Die Hoffnungstheorie, die in ihrer reinen Form sehr selten vertreten wird,[1]) benutzt als Abgrenzungsmerkmal zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit die Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges. Liegt eine solche Hoffnung vor, ist Fahrlässigkeit, liegt sie nicht vor, ist Vorsatz gegeben.

1. Für die Kritik dieser Theorie ist zunächst auf das im vorigen Paragraphen unter II, 1 b Ausgeführte zu verweisen. Wir hatten dort gefunden, daß nach dem Rechtsgefühl die Höhe der Schuld sich zwar beim Vorliegen einer Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges mindert, daß sie aber in erster Linie von der Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrades und in solchen Fällen, wo der erstrebte Erfolg auch nur als möglich vorausgesehen wird, von der Höhe der vorgestellten Möglichkeitsrelation zum erstrebten Erfolg abhängig ist. Da hierauf die Hoffnungstheorie keine Rücksicht nehmen kann, stellt diese Tatsache einen Einwand gegen sie dar.

2. *Großmann*, der ja für die Schuld die Wertung und somit den Gefühlswert des rechtswidrigen Erfolges maßgebend sein läßt, weist auf die mannigfaltigen Faktoren hin, die bei der Bildung einer Hoffnung mitwirken können. Außer von der Höhe des Gefühlswertes ist das Entstehen einer Hoffnung von der Höhe des vorgestellten Möglichkeitsgrades und von dem Charakter des Täters abhängig[2]). Daraus, daß die Höhe des Gefühlswertes nur einer von mehreren Faktoren ist, die bei der Bildung einer Hoffnung mitwirken, folgert *Großmann*, daß die Hoffnung als Anhaltspunkt für die Schuldbewertung ausscheidet (S. 68).

In seinen Ausführungen legt *Großmann* nur Gewicht auf den Grund der Hoffnung, läßt aber ihre Wirkung, die

[1]) Z. B. Tzortzopulos S. 230 f.; meistens findet sich die Wendung des Hoffens neben der des Einwilligens, Billigens usw.

[2]) Vgl. § 10, I 1, und Großmann S. 64, 65.

Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes vollständig außer Acht. Diese Tatsache ist sehr wohl ein Anhaltspunkt für die Schuldbewertung, wenn man für die Schuld die Höhe des Gefühlswertes des rechtswidrigen Erfolges maßgebend sein läßt. Freilich aus der Hoffnung allein die Höhe des Gefühlswertes feststellen zu wollen, ist unmöglich. Hierfür muß in erster Linie der vorgestellte Möglichkeitsgrad herangezogen werden.

Da nach der Hoffnungstheorie das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad unberücksichtigt bleibt, ist also insoweit *Großmanns* Kritik gerechtfertigt.

3. *Löffler* [1]) macht geltend, daß in den weitaus meisten Fällen niemand wissen kann, ob es ein ernstes Hoffen oder ein Sichbelügen ist (mit oder ohne Ueberzeugungskraft). Wir hatten eben unter 2 festgestellt, daß die Hoffnung nur insoweit einen Anhaltspunkt für die Schuldbewertung, bildet, als sie die Wirksamkeit des Gefühlswertes herabsetzt. Diese Wirkung hat jede Art der Hoffnung (vgl. § 9). Jede Art bildet also einen Anhaltspunkt für die Schuldbewertung, und somit kann die Löfflersche Unterscheidung keinen Einwand gegen die Hoffnungstheorie, insoweit wir sie als richtig erkannt haben, darstellen.

4. Schließlich führt *Großmann* (S. 73) als Einwand die Beweisschwierigkeit an, die die Feststellung einer Hoffnung dem Richter bereitet. Er weißt darauf hin, daß es sich hier um Vorgänge handelt, die hart an der Grenze zwischen Ober- und Unterbewußtsein liegen, die festzustellen für den Richter in den meisten Fällen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein wird. Diese Ansicht *Großmanns* erscheint richtig, die Beweisschwierigkeit stellt einen Einwand gegen die Hoffnungstheorie dar.

5. Wir erhalten als Ergebnis unserer Untersuchungen: Das Rechtsgefühl ergibt, daß zwar sich die Schuld bei

[1]) Oe. Z. II S. 145.

dem Vorliegen einer Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges mindert, daß sie sich aber grundsätzlich nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad und in solchen Fällen, wo der erstrebte Erfolg auch nur als möglich vorausgesehen wird, nach der vorgestellten Möglichkeitsrelation zum erstrebten Erfolg abstuft (1.). Gegen die Hoffnungstheorie spricht, daß sie das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad unberücksichtigt läßt (2.), und daß sich bei ihr erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben (4.).

§ 18.

v. Liszt-Schmidtsche Formulierung.

v. *Liszt-Schmidt* formuliert folgendermaßen: [1]) „Vorsatz ist bedingt gegeben dann, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges nur für möglich hielt (eventueller Vorsatz), nämlich unter der Voraussetzung, daß er den Eintritt des Erfolges nicht abgelehnt hat, also zu dem (assertorischen) Urteil nicht gelangt ist „der Erfolg wird nicht eintreten". Erwartet der Täter im Vertrauen auf seine Geschicklichkeit, auf sein Glück usw., daß der Erfolg nicht eintreten werde, so kann von Vorsatz keine Rede sein. Gelangt der Täter zu einem bejahenden Urteil „der Erfolg kann eintreten", oder aber gelangt er zu einem Urteil überhaupt nicht, obwohl er die Möglichkeit des Erfolgseintritts vorausgesehen hat, so liegt eventueller Vorsatz vor".

Hiernach liegt also dolus eventualis bei einer Vorstellung als möglich immer vor, außer, wenn der Täter zu dem assertorischen Urteil gelangt ist „der Erfolg wird nicht eintreten" oder nach der anderen Formulierung außer, wenn er erwartet, daß der Erfolg nicht eintreten wird.

Wir haben also zwei verschiedene Formulierungen, die wir selbständig betrachten wollen. [2])

[1]) v. Liszt-Schm. S. 246.

[2]) Daß sie v. Liszt-Schm. für gleichbedeutend gehalten werden, kann unberücksichtigt bleiben; v. Liszt-Schm. ist ja auch der Meinung,

1. Bezüglich der ersten Formulierung kommt es darauf an, ob man mit *Lacmann* (S. 149 ff.) das assertorische Urteil im Gegensatz zu dem apodiktischen und problematischen auffaßt, oder ob man unabhängig von diesen beiden letzteren mit *v. Hippel*[1]) der Meinung ist, daß das Urteil „der Erfolg wird nicht eintreten" nichts anderes bedeute als „der Täter hegt die feste Zuversicht, daß der Erfolg nicht eintritt".

Schließt man sich der letzteren Auffassung an, so wird das Vorsatzgebiet viel zu weit ausgedehnt; nur die Fälle, wo eine Hoffnung von einem gewissen höheren Stärkegrad vorliegt, gehören zur bewußten Fahrlässigkeit. Außer diesem Einwand gilt aber auch in vollem Umfange das gegen die Hoffnungstheorie Vorgebrachte.

Faßt man das assertorische Urteil im Gegensatz zu dem apodiktischen und problematischen auf, so ist zu sagen: Das assertorische Urteil (der Erfolg wird nicht eintreten) spricht ebenso wie das apodiktische (der Erfolg kann nicht eintreten) nur ohne dessen Hinweis auf einen logischen Grund der Erkenntnis das Dasein der Erkenntnis aus, deren Dasein das problematische Urteil (der Erfolg kann eintreten) verneint. Das assertorische Urteil verträgt sich mithin so wenig wie das apodiktische mit dem problematischen, ein Nebeneinander von beiden ist nach dieser Auffassung also unmöglich.[2])

Wie man das assertorische Urteil (der Erfolg wird nicht eintreten) auch auffassen mag, für die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit kann es nicht herangezogen werden.

2. Als weiteren für die Abgrenzung in Frage kommenden Begriff stellt *v. Liszt-Schmidt* den Begriff der Erwartung auf. Dieser Begriff ist äußerst unklar. Man kann

daß der gleiche Gedanke auch durch die Franksche Formel ausgedrückt werden kann, was doch offensichtlich falsch ist.

[1]) Grenze S. 63; vgl. auch Lademann S. 30.

[2]) Lacmann S. 149 ff.

erwarten entweder im Sinne von für wahrscheinlich halten (so *Lucas*) [1]) oder im Sinne von hoffen (so *Coenders*) [2]) verstehen [3]). Die erstere Auffassung unterliegt den gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie (§ 16), die letztere den gegen die Hoffnungstheorie (§ 17) gemachten Einwänden.

§ 19.
Rechtsprechung und Reform.

Bei einer Betrachtung der vielen sich auf den dolus eventualis beziehenden Urteile des RG. zeigt sich, daß sie keineswegs eine einheitliche Auffassung des RG. widerspiegeln. Fast jede der aufgestellten Theorien könnte irgendein Urteil für sich anführen.[4])

1. Drei der bedeutendsten Entscheidungen, die Entscheidung der vereinigten Strafsenate E. 22, 65 (85), die Entscheidung, in der sich das RG. am gründlichsten über unsere Frage ausspricht, E. 33, 4, und die E. 46, 227 (231) enthalten sowohl Ausführungen, die auf die hypothetische als auch solche, die auf die positive Einwilligungstheorie hindeuten.

In dem Urteil der ver. Strafsenate (22, 85) heißt es: „Worauf es ankommt, ist ja allein, ob der Redakteur gleichviel auf welchem Wege mindestens soviel Kenntnis und Verständnis von dem Inhalt des Artikels erlangt hat, daß anzunehmen ist, er habe diesen Inhalt vorausgesehen, gebilligt und die Veröffentlichung desselben mit in seinen Willen aufgenommen. Es werden daher nur solche Umstände geeignet sein, den eventuellen Vorsatz auszuschließen, die dem Strafrichter die volle Ueberzeugung gewähren, die Veröffentlichung sei gegen den Willen des Redakteurs

---

[1]) Z. St. W. 31 S. 558.

[2]) G. S. 87 S. 314.

[3]) Auch Großmann S. 52 weist auf diesen Mangel der v. Lisztschen Formulierung hin,

[4]) Vgl. hierzu v. Hippel: Grenze, Anhang III S. 156 ff.; Großmann S. 90.

erfolgt, derselbe würde bei Kenntnis oder doch Verständnis des Inhalts die Veröffentlichung unterlassen haben".

Der erste Satz deutet auf die positive, der zweite auf die hypothetische Einwilligungstheorie hin.

Entsprechend sind die Ausführungen in den beiden anderen Urteilen. Die positive Einwilligungstheorie läßt sich herauslesen aus Redewendungen wie „einverstanden sein", „billigen", „in den Willen aufnehmen" usw., die hypothetische in E. 33, 4 (5) aus dem Satz: „Die Gewißheit dieses letzteren Erfolges würde ihn von der Tat abhalten . . . .", in E. 46, 227 (231) aus dem Satz: „Kennt der Täter nicht das Vorhandensein eines zum gesetzlichen Tatbestande gehörigen Tatumstandes, hält er es aber für möglich, so ist seine Tat nur dann eine vorsätzliche, wenn er sie auch bei bestimmter Kenntnis des Tatumstandes begangen haben würde".

Es ist also falsch, wenn *v. Hippel*[1]) von den ersten beiden, *Großmann*[2]) von allen dreien behauptet, daß diese Urteile auf dem Standpunkt der hypothetischen Einwilligungstheorie stehen. Ebenso falsch wäre es aber, wollte man behaupten, daß das RG. in ihnen klar und eindeutig seinen Beitritt zur positiven Einwilligungstheorie erkennen läßt.

Diese drei Urteile spiegeln keine klare Stellungnahme wider, in ihnen laufen sowohl Gedankengänge der positiven als auch der hypothetischen Einwilligungstheorie nebeneinander.

2. Keine Ausführungen, die auf die hypothetische Einwilligungstheorie hindeuten, und somit eine klare Stellungnahme zugunsten der positiven Einwilligungstheorie enthalten die Urteile E. 21, 420; 50, 324 ff.; 51, 61 und besonders 55, 204, 205.

3. Trotz des Ausdrucks „gebilligt" läßt E. 31, 217 auf die Wahrscheinlichkeitstheorie schließen: „Er hat den Erfolg dann auch immer gebilligt und gewollt, falls er

[1]) Grenze S. 96.
[2]) S. 90.

denselben als mit dem direkt gewollten unvermeidlich verbunden als notwendig oder doch mit höchster Wahrscheinlichkeit eintretend vorausgesehen hat.“ Ebenso deuten auf den Wahrscheinlichkeitsgedanken hin E. 10, 337; 25, 8: 26, 314 und, wie *Großmann* richtig zeigt [1]), auch E. 51, 77.

4. Verschiedentlich wird das Handeln auf die Gefahr hin, das Rechnen mit der Möglichkeit zum Vorsatze gezählt, und zwar nicht nur in einigen älteren Entscheidungen, wie z. B. in E. 10, 236, sondern auch in neueren, z. B. E. 51, 169; 60, 167 und RGE. in J. W. 1926 S. 2178.

Im Gegensatz hierzu führt das RG. in E. 33, 4 (5) mit aller Deutlichkeit aus: „Es genügt nicht, daß der Täter die Handlung trotz dieses Bewußtseins vornimmt, denn das Handeln auf die Gefahr eines bestimmten Erfolgs enthält nicht von selbst die Billigung dieses Erfolges“.

5. Versuchen wir nun, aus diesem bunten Bild die grundlegende Tendenz der reichsgerichtlichen Rechtsprechung herauszuschälen. Seit der E. 33, 4 sind die Urteile, die das Handeln auf die Gefahr hin zum Vorsatz zählen, sehr selten geworden, und diejenigen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeitstheorie herauslesen ließe, fast ganz verschwunden. E. 46, 227 ist die letzte Entscheidung, die Gedankengänge der hypothetischen Einwilligungsthorie enthält. Klar und eindeutig stellen sich die Urteile in E. 50, 324 ff.; 51, 61 ; 55, 204/205 auf den Standpunkt der positiven Einwilligungstheorie.

Aus dieser Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist der Schluß gerechtfertigt, daß das RG. heute grundsätzlich auf dem Boden der positiven Einwilligungstheorie steht.

II. Wenn wir nun zur Reform übergehen, so zeigt sich, daß die einzelnen Entwürfe stark voneinander abweichen.

1. Der V. E. von 1909 vertritt den Wahrscheinlichkeitsgedanken. Sein § 59 lautet: „Vorsätzlich handelt,

[1]) S. 92.

wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Wissen und wollen des Täters liegen auch dann vor, wenn er alle zum gesetzlichen Tatbestand der strafbaren Handlung gehörigen tatsächlichen Umstände als nicht unwahrsceinlich vorhanden und, soweit zu dem gesetzlichen Tatbestand ein bestimmter Erfolg gehört, diesen als nicht unwahrscheinlich eintretend ansieht."

2. § 17 des Kommissionsentwurfs und § 11 des Entwurfs von 1919 stellten auf das Einverstandensein ab. Der amtliche Entwurf von 1925 schwieg über den dolus eventualis ganz. Die Reichstagsvorlage von 1927 nahm in fast wörtlicher Anlehnung an den Entwurf von 1919 die Wendung des Einverstandenseins wieder auf; ihr § 17, I lautet: „Vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Willen verwirklicht oder die Verwirklichung zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist".

Ergänzt wird diese Vorschrift durch die gesetzliche Definition der bewußten Fahrlässigkeit im § 19, I: „Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist und deshalb nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen kann, oder obwohl er dies für möglich hält, darauf vertraut, daß es nicht geschehen wird".

3. Vorsatz liegt hiernach also vor, wenn der Täter für den Fall der Verwirklichung des Tatbestandes der strafbaren Handlung mit ihr einverstanden ist, bewußte Fahrlässigkeit, wenn der Täter darauf vertraut, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung nicht verwirklichen wird. Der Mangel dieser Regelung springt in die Augen. Es gibt Fälle, in denen weder jenes Einverstandensein noch dieses Vertrauen gegeben ist. Um diese Fälle lösen zu können, ist man gezwungen, vom Wortsinn zum mindesten eines dieser Begriffe abzuweichen und diesen mit Hilfe des anderen auszulegen. Der Reichstagsvorlage von 1927 ist es also nicht gelungen, eine eindeutig scharfe Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit zu finden.

§ 20.

Unhaltbarkeit aller bestehenden Theorien (Zusammenfassung).

I. Bevor wir zur Entwicklung unseres eigenen Standpunktes übergehen, wollen wir die bisher gefundenen Ergebnisse kurz zusammenfassen.

1. Die *v. Bar-Liepmannsche* Theorie: Gegen sie spricht die Entstehungsgeschichte des § 59 StGB. und die des § 44 Pr. StGB., die Enge der Strafrahmen für die Fahrlässigkeitsdelikte und kriminalpolitische Gründe (§ 13, 3).

2. Die hypothetische Einwilligungstheorie: gegen sie spricht, daß sie bei den Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, immer Fahrlässigkeit annehmen muß, daß sie gegen das Tatprinzip des geltenden Rechts verstößt, und daß sich bei ihr erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben.

Gegen die *v. Hippelsche* Variante spricht außerdem, daß es Fälle gibt, die mit ihr nicht zu lösen sind, unter ihnen auch wiederum die, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet (§ 14, 7).

3. Die positive Einwilligungstheorie: Gegen sie spricht, daß sie bei den Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, immer Fahrlässigkeit annehmen muß, daß sie gegen das Tatprinzip des geltenden Rechts verstößt, daß das Einverstandensein eine voluntaristische Ueberlegung voraussetzt, die nach den §§ 211, 212 StGB. gerade nicht zum Vorsatz gehört, daß sie den kriminalpolitischen Notwendigkeiten nicht gerecht wird, und daß sich bei ihr erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben (§ 15 I 6).

Gegen die *Köhlersche* Variante spricht, daß sie zum Vorsatz das Vorliegen einer voluntaristischen Ueberlegung verlangt, die nach den §§ 211, 212 gerade nicht Bestandteil dieses Begriffes ist, daß sie einerseits gegen das Tatprinzip des geltenden Rechts, andererseits gegen den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Schuldstufung verstößt, indem sie Fälle zum Vorsatz rechnen muß, die keinen größeren Schuldgehalt haben als Fälle der unbewußten Fahrlässigkeit (§ 15 II 4).

4. Die Wahrscheinlichkeitstheorie: Das Rechtsgefühl ergibt, daß zwar grundsätzlich die Schuld sich nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad abstuft, daß sie sich aber auch bei Vorliegen einer Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges mindert, und daß sie sich schließlich in solchen Fällen, wo der Täter den erstrebten Erfolg auch nur als möglich voraussieht, nicht nach dem totalen Möglichkeitsgrad, sondern nach der vorgestellten Möglichkeitsrelation zu dem erstrebten Erfolg abstuft.

Für die Wahrscheinlichkeitstheorie spricht, daß sich bei ihr im Gegensatz zu den Einwilligungstheorien keine größeren Beweisschwierigkeiten ergeben. Gegen sie spricht, daß sie das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch Hoffnung unberücksichtigt läßt (§ 16 II 3).

5. Die Hoffnungstheorie: Das Rechtsgefühl ergibt, daß zwar sich die Schuld bei dem Vorliegen einer Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolgs mindert, daß sie sich aber grundsätzlich nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad, und in solchen Fällen, wo der erstrebte Erfolg auch nur als möglich vorausgesehen wird, nach der vorgestellten Möglichkeitsrelation zum erstrebten Erfolg abstuft.

Gegen die Hoffnungstheorie spricht, daß sie das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad unberücksichtigt läßt, und daß sich bei ihr erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben (§ 17, 5).

6. Die *v. Liszt-Schmidtsche* Formulierung: Versteht man erwarten im Sinne von für wahrscheinlich halten, so unterliegt sie den gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie, versteht man es im Sinne von hoffen, den gegen die Hoffnungstheorie vorgebrachten Einwänden (§ 18, 2).

II. Auf Grund dieser Zusammenstellung läßt sich folgendes sagen:

1. Keine der bestehenden Theorien ist materiell vollständig richtig. Bei der Mehrzahl ergeben sich dazu noch erhebliche Beweisschwierigkeiten. Die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit kann daher nicht nach irgendeiner der bestehenden Theorien gezogen werden. Wir müssen also versuchen, eine Grenze zu finden, die möglichst wenigen gegen die bestehenden Theorien vorgebrachten Einwänden unterliegt. Zu beachten ist, daß die Frage der materiellen Richtigkeit der Abgrenzung hierbei viel mehr ins Gewicht zu fallen hat als die der Beweisschwierigkeit.

2. In welcher Richtung unser Versuch zu gehen hat, läßt sich aus der obigen Zusammenstellung auch bereits ersehen. Während sich nichts für die *v. Bar-Liepmannsche* Theorie, für die positive und hypothetische Einwilligungstheorie vorbringen läßt, haben wir sowohl die Wahrscheinlichkeits- als auch die Hoffnungstheorie teilweise als materiell richtig erkannt. Irgendeine Kombination dieser beiden Theorien dürfte also die richtige Lösung unserer Frage darstellen.

B. Entwicklung unseres Standpunktes.

§ 21.

Abhängigkeit des Schuldgehalts des Handelns im Zweifel von vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Hoffnung.

I. Für die Entwicklung unseres Standpunktes gehen wir aus von folgenden vier Prämissen.

1. Die dem Schuldvorwurf zugrunde liegende psychische Beziehung zum rechtswidrigen Erfolg ist die Nichtachtung

des fremden Rechtsguts im Verhältnis zu den Zielen des Täters (§ 2, 3 b).

2. Lust- und Unlustgefühle sind nichts als aktuell gewordene Wertung. Relativer Gefühlswert [1]) und relative Wertung sind einander umgekehrt proportional (nachgewiesen im § 7).

3. Gesetz über die Abhängigkeit der Triebkraft von Gefühlswert, Möglichkeitsgrad und Hoffnung [2]):

a) Bezüglich des erstrebten Erfolgs: Bei gleichem Gefühlswert nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades und mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten Erfolges auch seine Triebkraft zu b). Bezüglich des unerwünschten Nebenerfolgs: Bei gleichem Gefühlswert nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades die Triebkraft zu, während sie sich mit

---

[1]) Es ist ein Mangel in Großmanns Ausführungen auf S. 35, 36, diesen Begriff nicht genügend klar herausgearbeitet zu haben. Wie hoch der Täter das fremde Rechtsgut im Verhältnis zu dem mit der Tat verfolgten Ziel wertet, ersieht man aus einem Vergleich des Gefühlswertes des rechtswidrigen Nebenerfolges mit dem des erstrebten Erfolges. Großmann vergleicht aber nicht diese beiden Gefühlswerte miteinander, sondern den Gefühlwert des rechtswidrigen Nebenerfolges einfach mit der Triebkraft des erstrebten Erfolges. Dieser Fehler wirkt sich so aus, daß Großmann nur den vorgestellten Totalmöglichkeitsgrad, nicht aber die vorgestellte Möglichkeitsrelation zu dem erstrebten Erfolg berücksichtigt. Gerade diese Nichtberücksichtigung der vorgestellten Möglichkeitsrelation hatten wir aber gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie geltend gemacht (§ 16, II 1 b bb).

[2]) Es ist ein Mangel in Großmanns Ausführungen S. 35, 36, daß er seiner Ableitung nur das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad, nicht aber das von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch Hoffnung zugrunde legt. Dieser Fehler wirkt sich so aus, daß Großmann nur die Abhängigkeit der Schuld vom vorgestellten Möglichkeitsgrad berücksichtigt, während er die Abhängigkeit der Schuld von einer etwaigen Hoffnung völlig außer acht läßt. Gerade aber diese Abhängigkeit der Schuld von dem Vorliegen einer Hoffnung hatten wir gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie geltend gemacht (§ 16, II 1 b aa und § 16, II 2 c).

jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolgs vermindert (nachgewiesen im §§ 8–11).

4. Seelische Erscheinung kommen für die Frage nach Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nur insoweit in Betracht, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden sind (nachgewiesen im § 6).

II. Von dieser Basis aus wollen wir nun die Entwicklung unseres Standpunktes vornehmen.

1. Aus dem Satz: Die dem Schuldvorwurf zugrundeliegende psychische Beziehung zum rechtswidrigen Erfolg ist die Nichtachtung des fremden Rechtsguts im Verhältnis zu den Zielen des Täters, ergibt sich, daß der Schuldvorwurf desto schwerer ist, je größer die Nichtachtung des fremden Rechtsguts im Verhältnis zu den Zielen des Täters, also die relative Nichtachtung ist.[1]) Höhe des Schuldgehalts und Grösse der relativen Nichtachtung laufen also gleichmäßig nebeneinander her, sie sind einander proportional..

2. Da die Größe der relativen Nichtachtung und die Größe des relativen Gefühlswertes einander umgekehrt proportional sind, so ergibt sich der Satz: Höhe des Schuldgehaltes und Größe des relativen Gefühlswertes sind einander umgekehrt proportional.

3. Wenn wir nun versuchen, aus der Verbindung dieses Satzes mit dem Gesetz über die Abhängigkeit der Triebkraft von Gefühlswert, vorgestelltem Möglichkeitsgrad und Hoffnung zu einer Abstufung der Schuld innerhalb des Handelns im Zweifel zu gelangen, so müssen wir zunächst auf folgendes hinweisen. Der relative Gefühlswert ist das Verhältnis (Quotient) des Unlustgefühls des Nebenerfolgs zum Lustgefühl des erstrebten Erfolgs. Dieser Begriff „Quotient" ist einer anderen Wissenschaft, und zwar der Mathematik, entnommen. Dies bildet den Grund dafür, daß wir gezwungen

[1]) Daß man die Schuld nicht nur nach dem rein psychischen Tatbestand der relativen Nichtachtung, sondern auch nach einem hiervon unabhängigen normativen Merkmal, der Zumutbarkeit, abstufen kann, kann für unsere Frage nach der Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit völlig außer acht gelassen werden. (Vgl. § 5.).

sind, uns im folgenden einer mathematischen Darstellungsweise zu bedienen.[1])

a) Bezüglich des erstrebten Erfolges hatten wir gefunden:[2]) Bei gleichem Gefühlswert nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrads und mit jedem Zunehmen der Hoffnuug auf den Eintritt des erstrebten Erfolges auch seine Triebkraft zu. Bei einer Vorstellung als sicher ist in jedem Fall die Stärke der Triebkraft gleich der Höhe des Gefühlswertes. Also $T = M$. Wenn keine Hoffnung auf den Eintritt des Erfolgs vorliegt, ist bei einer Vorstellung als möglich die Triebkraft geringer; wir müssen also M mit einem Faktor multiplizieren, der kleiner ist als 1. Nennen wir ihn A. Liegt eine Hoffnung auf den Eintritt des Erfolges vor, so tritt noch ein weiterer Faktor hinzu, der bestimmt größer als 1 ist; nennen wir ihn daher $1+H$. Wir erhalten also die Gleichung $T = (1+H) \times A \times M$.

Wie groß A und H im Einzelfall sind, läßt sich nicht sagen; wir wissen nur, daß mit jedem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades A, mit jedem Zunehmen der Hoffnung H zunimmt. Weiter läßt sich über A aussagen, daß es eine Zahl zwischen 0 und 1 ist; über H, daß $(1+H)\times A$ niemals größer sein kann als 1, da T niemals größer sein kann als M.[3])

b) Bezüglich des unerwünschten Nebenerfolges hatten wir gefunden[4]): Bei gleichem Gefühlswert nimmt mit dem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades die Triebkraft zu, während sie sich mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolges vermindert. Bei einer Vorstellung als sicher ist in jedem Fall die Stärke

[1]) Großmann konnte auf solche mathematische Darstellung verzichten, weil er den Begriff des relativen Gefühlswertes nicht klar herausgearbeitet hat. Dies hatten wir aber gerade als ein Mangel in seinen Ausführungen auf S. 35, 36 festgestellt (vgl. § 21, I 2 Anm 113).

[2]) Vgl. § 11, 2 a.

[3]) Vgl. § 9, 2 a. E.

[4]) § 11, 2 b.

der Triebkraft gleich der Höhe des Gefühlswertes, also $t = m$. Wenn keine Hoffnung auf den Nichteintritt des Nebenerfolges vorliegt, ist bei einer Vorstellung als möglich die Triebkraft geringer. Wir müssen also m mit einem Faktor multiplizieren, der kleiner ist als 1. Nennen wir ihn a. Liegt eine Hoffnung auf den Nichteintritt des Nebenerfolges vor, so vermindert sich die Triebkraft noch weiter; wir müssen also das Produkt $a \times n$ durch eine Zahl dividieren, die bestimmt größer ist als 1; nennen wir sie daher $1+h$. Wir erhalten also die Gleichung $t = \frac{a \times n}{1+h}$.

Wie groß a und h im Einzelfalle sind, läßt sich nicht sagen; wir wissen nur, daß mit jedem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades a, mit jedem Zunehmen der Hoffnung h zunimmt; weiter, daß a eine Zahl zwischen 0 und 1 ist. Ueber die maximale Größe von h läßt sich im Gegensatz zu H nichts aussagen.

c) Aus den unter a, und b, gefundenen Gleichungen läßt sich nun eine Gleichung für den relativen Gefühlswert aufstellen. Aus der unter b, gefundenen Gleichung $t = \frac{a \times n}{1+h}$ folgt: $m = \frac{(1+h) \times t}{a}$, aus der unter a, gefundenen Gleichung $T = (1+H) \times A \times M$ folgt $M = \frac{T}{(1+H) \times A}$. Setzen wir nun die für m und M gefundenen Größen in die für den relativen Gefühlswert in § 7 I am Ende aufgestellte Gleichung $r = \frac{m}{M}$ ein, so erhalten wir $r = \frac{(1+H) \times (1+h) \times A \times t}{a \times T}$.

d) Da relativer Gefühlswert und relative Nichtachtung einander umgekehrt proportional sind, so ergibt sich für die relative Nichtachtung, also für die Nichtachtung des fremden Rechtsguts im Verhältnis zu den Zielen des Täters folgende Gleichung $n = \frac{a \times T}{(1+H) \times (1+h) \times A \times t}$.

4. Hier greift nun unsere vierte Prämisse ein: Seelische

Erscheinungen kommen für die Frage nach Vorsatz und Fahrlässigkeit nur insoweit in Betracht, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden sind.

a) Die Nichtachtung des fremden Rechtsguts im Verhältnis zu den Zielen des Täters kommt also für unsere Frage nur insoweit in Betracht, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden ist. Die Nichtachtung ist nur insoweit durch den Willensimpuls für die Handlung kausal geworden, als sie zum Zustandekommen der Handlung notwendig war. Ein tatsächlich höherer Grad der Nichachtung kommt also für die Frage nach Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht in Betracht. Wir können also nur den Grad der Nichtachtung des fremden Rechtsguts im Verhältnis zu den Zielen des Täters in Rechnung setzen, der zum Zustandekommen der Handlung notwendig war, also das Minimum, bei dem die Handlung noch zustande kommen konnte.

Dieses Minimum wollen wir als die tatbezogene relative Nichtachtung bezeichnen.

b) Da relativer Gefühlswert und relative Nichtachtung einander umgekehrt proportional sind, so ist dieses Minimum gegeben beim Vorliegen des Maximums des relativen Gefühlswertes, bei dem die Handlung noch zustande kommen konnte. Dieses Maximum liegt vor, wenn die aus dem Gefühlswert des erstrebten Erfolges resultierende Triebkraft nur um so viel größer ist, als die aus dem Gefühlswert des rechtswidrigen Nebenerfolgs resultierende Gegentriebkraft, daß die Handlung zustande kommen konnte.

c) Um eine Gleichung für die tatbezogene relative Nichtachtung zu erhalten, müssen wir in der oben 3 d aufgestellten Gleichung T größer als t annehmen, aber nur um so viel größer, daß die Handlung noch zustande kommen konnte. $\frac{T}{t}$ ist also ein fixer Wert, etwas größer als 1. Wir nennen ihn q. Wir erhalten also als Gleichung für die tatbezogene relative Nichtachtung $n = \frac{a \times q}{(1+H) \times (1+h) \times A}$.

5. Da Größe der relativen Nichtachtung und Höhe der Schuld einander proportional sind, so ergibt sich aus dieser Gleichung: Der Schuldgehalt des Handelns im Zweifel nimmt zu mit jedem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades des rechtswidrigen Nebenerfolgs; er nimmt ab mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des Nebenerfolges, mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten Erfolges und mit jedem Zunehmen seines vorgestellten Möglichkeitsgrades [1]).

§ 22.

Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit bei Regelfall des Handelns im Zweifel.

Für den Regelfall des Handelns im Zweifel vereinfacht sich der im vorigen Paragraphen aufgestellte Satz. Der erstrebte Erfolg wird ja hier als sicher angesehen, und somit kommt auch eine Hoffnung auf seinen Eintritt nicht in Betracht. So ergibt sich also: Der Schuldgehalt des Regelfalls des Handelns im Zweifel nimmt zu mit jedem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades des rechtswidrigen Nebenerfolges; er nimmt ab mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des Nebenerfolges.

1. Im § 13 wurde gezeigt, daß nach dem Gesetz die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nicht mit der zwischen Handeln im Zweifel und Handeln in Gewißheit zusammenfällt, daß vielmehr ein Teil des Handelns im Zweifel zum Vorsatzgebiet gehört. Wir müssen also die Grenze bei irgendeinem Möglichkeitsgrad ziehen.

2. Hier bietet uns die Wahrscheinlichkeitstheorie den Begriff des Wahrscheinlichen, indem sie das als wahrscheinlich Vorgestellte zum Vorsatz, das Uebrige zur bewußten Fahrlässigkeit zählt. Wahrscheinlichkeit ist nicht gleich Mög-

[1]) Der letzte Zusatz, der beim „Regelfall" (= § 22) wegfällt, geht in letzter Linie zurück auf die Erwägungen zu dem Beispiel § 16, II 1 b bb (verglichen mit den theoretischen Ausführungen in § 2, 3 und § 21). Bemerkt sei, daß dieser Zusammenhang nicht im Sinne einer förmlichen (mathematischen) Proportionalität, sondern im Sinne einer Tendenz der Schuldbestimmung in der angedeuteten Richtung gemeint ist.

lichkeitsgrad größer als 50%. Dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entsprechend wird nur ein ungefähres Gebiet der höchsten Möglichkeitsgrade wahrscheinlich genannt werden [1]). Dieser Begriff ist auch für uns brauchbar. Wir erhalten also: Wenn keine Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges vorliegt, ist bei einer Vorstellung des rechtswidrigen Erfolges als wahrscheinlich Vorsatz, in den übrigen Fällen bewußte Fahrlässigkeit gegeben.

3. Liegt eine Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Nebenerfolges vor, so verschiebt sich die Grenze weiter in das Gebiet des Wahrscheinlichen hinein; denn da der Schuldgehalt des Regelfalls des Handelns im Zweifel durch die Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Nebenerfolgs vermindert wird, müssen wir, weil ja doch die Grenze nur bei einem bestimmten Schuldgehalt gezogen werden kann, bei einem höheren Möglichkeitsgrad den Schnitt machen; und zwar wird der Möglichkeitsgrad ein um so höherer sein, je größer die Hoffnung ist. Für den Regelfall des Handelns im Zweifel haben wir also folgendes Ergebnis gefunden:

a) Das Handeln mit vorgestellter Wahrscheinlichkeit gehört zum Vorsatz, das mit nur vorgestellter Möglichkeit zur Fahrlässigkeit.

b) Jede Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Nebenerfolges verschiebt die Grenze hinein in das Gebiet des Handelns mit vorgestellter Wahrscheinlichkeit, und zwar um so weiter, je höher der Grad der Hoffnung ist.

§ 23.

Einzelfälle.

Als Grundlage für die Untersuchungen in diesem Paragraphen benutzen wir den in § 21 II 5 aufgestellten Satz: Der Schuldgehalt des Handelns im Zweifel nimmt zu mit jedem Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades des rechtswidrigen Nebenerfolgs; er nimmt ab mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Nichteintritt des Nebenerfolges,

[1]) Thyrén S. 137.

mit jedem Zunehmen der Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten Erfolges und mit jedem Zunehmen seines vorgestellten Möglichkeitsgrades.

I. Beginnen wir mit dem Handeln im Zweifel im allgemeinen.

1. Betrachten wir zunächst den Fall, wo sich der Täter den erwünschten Erfolg als nur möglich eintretend, den unerwünschten rechtswidrigen als notwendig mit dem erwünschten verbunden vorstellt. Hier ist der vorgestellte Möglichkeitsgrad beider Erfolge gleich. In demselben Maße wie der Schuldgehalt durch das Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades des rechtswidrigen Nebenerfolgs zunimmt, nimmt er durch das Zunehmen des vorgestellten Möglichkeitsgrades des erstrebten Erfolges ab. Der Schuldgehalt ist somit bei jedem vorgestellten Möglichkeitsgrad der gleiche, also auch bei einer Vorstellung als gewiß. Das Handeln mit einer Vorstellung als gewiß stellt aber den dolus directus dar, und somit ist, wenn die beiden vorgestellten Möglichkeitsgrade gleich sind und keine Hoffnung vorliegt, der Schuldgehalt immer gleich dem des dolus directus.

Da hier der Täter nicht auf den Nichteintritt des Nebenerfolgs hoffen kann, kann eine solche Hoffnung den Schuldgehalt nicht ändern. Weiter aber ist auch die Hoffnung auf den Eintritt des erwünschten Erfolgs nicht in Rechnung zu ziehen, da es hier ja unmöglich ist, daß der Täter allein auf den Eintritt des erwünschten hoffen kann, ohne nicht zugleich auf den Eintritt des unerwünschten zu hoffen. Wenn nun eine Hoffnung auf den Eintritt beider vorliegt, so wird die Gegentriebkraft des unerwünschten Erfolges im gleichen Maße vergrößert wie die Triebkraft des erwünschten. Wir können also die Hoffnung auf den Eintritt des erwünschten Erfolges außer acht lassen.

Wir erhalten also das Ergebnis: Der als mit dem erstrebten Erfolg als notwendig verbunden vorgestellte Erfolg ist immer vorsätzlich herbeigeführt; der Schuldgehalt ist gleich dem des dolus directus.[1])

[1]) Ebenso v. Hippel: Grenze S. 140; Großmann S. 23 ff.; Thyrén S. 94.

2. Daraus, daß der Schuldgehalt des Falles, wo der Täter sich vorstellt, daß der erstrebte Erfolg notwendigerweise den rechtswidrigen nach sich zieht, gleich dem des dolus directus ist, ist der Schluß gerechtfertigt, daß der Schuldgehalt des Falles, wo der Täter sich vorstellt, daß der erstrebte Erfolg wahrscheinlich den rechtswidrigen nach sich ziehen wird, ungefähr gleich dem des dolus eventualis ist.

Stellt sich der Täter vor, daß der erstrebte Erfolg möglicherweise eintritt, und daß er wahrscheinlich den rechtswidrigen nach sich zieht, so ist der letztere vorsätzlich herbeigeführt.

Durch jede Hoffnung, durch die auf den Eintritt des erwünschten ebenso wie durch die auf den Nichteintritt des unerwünschten Erfolges, wird die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit weiter in das Gebiet des Wahrscheinlichen verschoben, und zwar um so mehr, je größer die Hoffnung ist.

II. Untersuchen wir nun den Fall, daß der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet.

1. Hält der Täter den Eintritt beider Erfolge als gleich möglich (bei jedem also 50% Wahrscheinlichkeit), so ist nach dem unter I 1 Ausgeführten der Schuldgehalt gleich dem des dolus directus, denn es sind ja hier beide vorgestellten Möglichkeitsgrade gleich.

2. Hieraus ergibt sich, daß sich das Vorsatzgebiet noch in tiefere Regionen der vorgestellten Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges erstreckt, deren Schuldgehalt eben gleich dem des dolus eventualis ist. Die Grenze dürfte ungefähr dort laufen, wo der Täter den Eintritt des rechtswidrigen Erfolges als nicht unwahrscheinlich ansieht.

Unwahrscheinlich ist nicht gleich Möglichkeitsgrad, kleiner als 50%. Ebenso wie nur ein ungefähres Gebiet der höchsten Möglichkeitsgrade wahrscheinlich genannt wird, begreift das Unwahrscheinliche nur ein ungefähres Gebiet der niederen Möglichkeitsgrade[1]).

[1]) Vgl. § 22, 2; Thyrén S. 137.

Es ergibt sich somit: Vorsatz ist gegeben, wenn der rechtswidrige Erfolg als nicht unwahrscheinlich vorgestellt wird.

Wenn eine Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges vorliegt, die hier ja gleichbedeutend ist mit einer Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten, so verschiebt sich die Grenze weiter in das Gebiet des Nichtunwahrscheinlichen.

Wir erhalten also:

a) Liegt keine Hoffnung vor, gehört das Handeln mit einer Vorstellung als nicht unwahrscheinlich zum Vorsatz, das mit einer Vorstellung als möglich zur Fahrlässigkeit.

b) Liegt eine solche Hoffnung vor, so verschiebt sich die Grenze hinein in das Gebiet des Handelns mit einer Vorstellung als nicht unwahrscheinlich, und zwar um so weiter, je höher der Grad der Hoffnung ist.

III. Schließlich läßt sich aus unserem Ausgangssatz auch der Schuldgehalt des Handelns in Absicht ableiten.

1. Stellt der Täter sich vor, daß das rechtswidrige Mittel mit Notwendigkeit den erstrebten Erfolg nach sich zieht, so ist die Sachlage die gleiche wie in I 1. Es ist also Vorsatz gegeben.

2. Stellt der Täter sich vor, daß das rechtswidrige Mittel den erstrebten Erfolg nur möglicherweise nach sich zieht, so ist der Schuldgehalt noch höher, da durch das Abnehmen der vorgestellten Möglichkeit des erstrebten Erfolges von Gewißheit auf einen geringeren Grad die Schuld mehr zunimmt, als sie durch das Abnehmen der Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolgs von Gewißheit auf einen höheren Grad abnimmt.

Beim Handeln in Absicht liegt also immer Vorsatz vor [1]).

---

[1]) Ebenso v. Bar: Gesetz S. 309; v. Hippel: Grenze S. 79 f.; Thyrén S. 107; auch in der Begründung ähnlich wie hier Großmann S. 23.

§ 24.
Zusammenstellung der Ergebnisse.

I. Beim Handeln in Absicht ist immer Vorsatz gegeben (§ 23 III).

II. Der Regelfall des Handelns im Zweifel (§ 22).

a) Liegt keine Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges vor, gehört das Handeln mit vorgestellter Wahrscheinlichkeit zum Vorsatz, das mit nur vorgestellter Möglichkeit zur Fahrlässigkeit.

b) Liegt eine solche Hoffnung vor, so verschiebt sich die Grenze hinein in das Gebiet des Handelns mit vorgestellter Wahrscheinlichkeit, und zwar um so weiter, je höher der Grad der Hoffnung ist.

III. Das Handeln im Zweifel im allgemeinen (§ 23 I).

1. Der Täter stellt sich den rechtswidrigen Erfolg mit dem erstrebten als notwendig verbunden vor. Hier ist immer Vorsatz gegeben.

2. Der Täter stellt sich vor, daß der erstrebte Erfolg möglicherweise den rechtswidrigen nach sich zieht.

a) Hat die vorgestellte Möglichkeitsrelation des rechtswidrigen Erfolgs zu dem erstrebten einen Grad, der als wahrscheinlich zu bezeichnen ist, so ist Vorsatz anzunehmen.

b) Durch jede Hoffnung, durch die auf den Eintritt des erstrebten, ebenso wie durch die auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges wird die Grenze zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit weiter in das Gebiet des Wahrscheinlichen verschoben, und zwar um so mehr, je größer die Hoffnung ist.

IV. Der Fall, daß der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet (§ 23 II.).

a) Liegt keine Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges, die hier mit der Hoffnung auf den Eintritt des erstrebten Erfolges zusammenfällt, vor, gehört das Handeln mit einer Vorstellung als nicht unwahrscheinlich zum Vorsatz, das mit einer Vorstellung als möglich zur Fahrlässigkeit.

b) Liegt eine solche Hoffnung vor, so verschiebt sich die Grenze hinein in das Gebiet des Handelns mit einer Vorstellung als nicht unwahrscheinlich, und zwar um so weiter, je höher der Grad der Hoffnung ist.

§ 25.

Kritik unseres Standpunktes.

I. Wir wollen hier so vorgehen, daß wir jedesmal einen gegen die bestehenden Theorien gemachten Einwand ins Auge fassen und dann prüfen, ob er auch unserem Standpunkt gegenüber durchgreift.

1. Gegen die *v. Bar-Liepmannsche* Theorie haben wir eingewendet, daß die Entstehungsgeschichte des § 59 StGB. und die des § 44 Pr. StGB. und die Enge der Strafrahmen für die Fahrlässigkeitsdelikte ergeben, daß ein Teil des Handelns im Zweifel zum Vorsatz gerechnet werden muß (§ 20 I 1).

Nach unserem Standpunkt geschieht dies (§ 24 II—IV).

2. Gegen die *v. Bar-Liepmannsche* Theorie und die positive Einwilligungstheorie haben wir eingewendet, daß sie den kriminalpolitischen Notwendigkeiten nicht gerecht werden (§ 20 I 1, 3).

Dieser Einwand schlägt deswegen gegen unseren Standpunkt nicht durch, weil die Fälle des dolus eventualis nach ihm viel häufiger sind als nach der positiven Einwilligungstheorie (§ 24 II—IV).

3. Gegen die hypothetische und die positive Einwilligungstheorie haben wir eingewendet, daß sie in den Fällen, in denen der Täter den rechtswidrigen und den erstrebten Erfolg als einander ausschließend betrachtet, immer Fahrlässigkeit annehmen müssen (§ 20 I 2, 3).

Nach unserem Standpunkt kann hier sehr wohl Vorsatz vorliegen; er ist sogar schon bei einem geringeren vorgestellten Möglichkeitsgrad als beim Regelfall des Handelns im Zweifel, nämlich bei einer Vorstellung als nicht unwahrscheinlich gegeben (§ 24 IV).

4. Gegen die hypothetische und die positive Einwilligungstheorie und die *Köhlersche* Variante der letzteren haben wir eingewendet, daß sie gegen das Tatprinzip des geltenden Rechts verstoße (§ 20 I 2, 3).

Bei der Entwicklung unseres Standpunktes haben wir das Tatprinzip berücksichtigt, indem wir ihr den aus diesem abgeleiteten Satz zugrunde legten, daß seelische Erscheinungen für die Frage nach Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit nur insoweit in Betracht kommen, als sie durch den Willensimpuls kausal für die Handlung geworden sind (§ 6, § 21 I 4, II 4).

5. Gegen die *v. Hippelsche* Variante haben wir außer den gegen die hypothetische Einwilligungstheorie sonst gemachten Einwänden eingewendet, daß es Fälle gibt, die mit ihr nicht zu lösen sind (§ 20 I 2).

Wir glauben, daß es keinen Fall gibt, der sich mit Hilfe unseres Standpunktes nicht lösen ließe (§ 24).

6. Gegen die positive Einwilligungstheorie und die *Köhlersche* Variante haben wir eingewendet, daß sie zum Vorsatz das Vorliegen einer voluntaristischen Ueberlegung verlangen, die nach §§ 211, 212 StGB. gerade nicht Bestandteil dieses Begriffes ist (§ 20 I 3).

Nach unserem Standpunkt spielt das Vorliegen einer voluntaristischen Ueberlegung keine Rolle.

7. Gegen die *Köhlersche* Variante haben wir eingewendet, daß sie gegen den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Schuldstufung verstößt, indem sie Fälle zum Vorsatz rechnen muß, die keinen größeren Schuldgehalt haben als Fälle der unbewußten Fahrlässigkeit (§ 20 I 3).

Der Schuldgehalt des dolus eventualis, wie wir ihn fassen, ist stets größer als der schwerste Fall der unbewußten Fahrlässigkeit (§ 24 II—IV).

8. Gegen die Wahrscheinlichkeitstheorie haben wir eingewendet, daß sie das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch Hoffnung, gegen die

Hoffnungstheorie, daß sie das Gesetz von der Veränderung der Wirksamkeit des Gefühlswertes durch den vorgestellten Möglichkeitsgrad unberücksichtigt läßt (§ 20 I 4, 5).

Der Entwicklung unseres Standpunktes haben wir beide psychologischen Gesetze zugrunde gelegt (§ 21 I 3, II 3).

9. Bei der Betrachtung der Wahrscheinlichkeits- und der Hoffnungstheorie haben wir folgenden Satz gefunden: Das Rechtsgefühl ergibt, daß sich die Schuld grundsätzlich nach dem vorgestellten Möglichkeitsgrad abstuft, daß sie sich bei Vorliegen einer Hoffnung auf den Nichteintritt des rechtswidrigen Erfolges mindert, und daß sie sich schließlich in solchen Fällen, wo der Täter den erstrebten Erfolg auch nur als möglich voraussieht, nicht nach dem totalen Möglichkeitsgrad, sondern nach der vorgestellten Möglichkeitsrelation zu dem erstrebten Erfolg abstuft (§ 20 I 4, 5).

Da bei unserem Standpunkt alle drei Faktoren, Möglichkeitsgrad (§ 24 II—IV), Hoffnung (§ 24 II, III 2, IV) und Möglichkeitsrelation (§ 24 III) Berücksichtigung finden, so sehen wir, daß unser auf streng logischem Wege gefundenes Ergebnis mit dem Rechtsgefühl übereinstimmt. Diese Tatsache ist eine weitere starke Stütze unseres Standpunktes.

10. Gegen die hypothetische und positive Einwilligungstheorie und gegen die Hoffnungstheorie haben wir eingewendet, daß sich bei ihnen erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben (§ 20 I 2, 3, 5), während im Gegensatz hierzu die Wahrscheinlichkeitstheorie diesem Einwand nicht unterliegt (§ 20 I 4).

Soweit nach unserem Standpunkt für die Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit eine Hoffnung eine Rolle spielt, stößt er also auf Beweisschwierigkeiten.

II. Als Ergebnis unserer Untersuchung haben wir also gefunden, daß unser Standpunkt, zu dem wir auf streng logischem Wege gekommen waren, dem Rechtsgefühl völlig entspricht, daß als einziger Einwand gegen ihn die Beweisschwierigkeit, die sich bei der Feststellung einer Hoffnung ergibt, geltend gemacht werden kann.

Unser Standpunkt ist also im Gegensatz zu allen bestehenden Theorien allein materiell richtig.

Der Einwand der Beweisschwierigkeit hinsichtlich des einen der abgrenzenden Faktoren muß demgegenüber vollständig zurücktreten.

Lebenslauf.

Am 8. Dezember 1905 als Sohn des selbständigen Kaufmanns *Alfons Gottwald* zu Berlin geboren, besuchte ich von meinem 10. Lebensjahr ab die Realgymnasialabteilung des Staatlichen Friedrich-Wilhelm Gymnasiums zu Berlin. Daselbst ging ich Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife ab. Im Sommersemester 1925 ließ ich mich an der Universität Marburg immatrikulieren und blieb an dieser Universität bis zum Abschluß meines Studiums. Im Juli 1928 bestand ich an dem Oberlandesgericht Kassel das erste juristische Staatsexamen und wurde im Oktober 1928 zum Referendar ernannt.